

DIE STAATLICH BEEINFLUSSTE AKTIENGESELLSCHAFT ALS INSTRUMENT DER ÖFFENTLICHEN VERWALTUNG

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
DOKTORS DER RECHTE
bei dem Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Jost von Trott zu Solz
Referendar in Berlin

1975

1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

DIE STAATLICH BEEINFLUSSTE AKTIENGESELLSCHAFT ALS INSTRUMENT DER ÖFFENTLICHEN VERWALTUNG

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
DOKTORS DER RECHTE

bei dem Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Jost von Trott zu Solz

Referendar in Berlin

1975

Erstgutachter : Professor Dr. Finkelnburg

Zweitgutachter : Professor Dr. Scholz



Tag der mündlichen Prüfung: 20. Mai 1976

GLIEDERUNG

1. Kapitel

Die Aktiengesellschaft als staatliches Gestaltungsmittel S. 1

§ 1 Einleitung und Problemstellung S. 1

§ 2 Der Einsatz von Aktiengesellschaften im öffentlichen Interesse S. 6

A Konjunktur- und Preisbeeinflussung S. 7

B Struktur- und sozialpolitische Ziele S. 9

C Wettbewerbspolitik S. 11

D Versorgung und Dienstleistung S. 13

I Energieversorgung S. 13

II Verkehrsversorgung S. 14

III Kreditwesen S. 16

IV Wohnungsbau S. 17

E Sonstige öffentliche Ziele S. 17

F Gewinnerzielung - Erwerbswirtschaftliche Betätigung S. 18

G Erledigung, Änderung und Kombination der Ziele S. 21

2. Kapitel

Die staatliche Einflußnahme auf Aktiengesellschaften S. 24

§ 3 Die staatliche Einflußnahme auf Aktiengesellschaften nach dem Aktiengesetz S. 24

A Einflußnahme durch die Gesellschaftsorgane S. 24

I Hauptversammlung S. 24

II Aufsichtsrat S. 27

III Vorstand S. 31

B Einflußerweiterung durch aktienrechtliche Sonderrechte des staatlichen Aktionärs S. 32

I Mehrstimmrechtsaktien S. 32

II Entsendungsrecht S. 34

III Informationsrecht S. 36

C Einflußnahme auf die unternehmerische Zielsetzung S. 37

I Bestimmung des Unternehmensgegenstandes S. 37

II	Der Gesellschaftszweck	S. 40
1.	Die Bedeutung des Gesellschaftszwecks	S. 42
2.	Der Zweck der Aktiengesellschaft und die Grenzen seiner Verwirklichung	S. 43
a)	Aktionärsinteressen	S. 47
b)	Arbeitnehmerinteressen	S. 47
c)	Das Gemeinwohl	S. 48
3.	Die Bedeutung des Gesellschaftszwecks für den staatlichen Aktionär	S. 52
4.	Die aktienrechtliche Bestimmung des Gesellschaftszwecks	S. 54
a)	Zweckbestimmung durch die Gründungssatzung	S. 55
b)	Die Änderung des Gesellschaftszwecks	S. 61
D	Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften im Konzernrecht	S. 70
I	Der Unternehmensbegriff des Konzernrechts	S. 72
II	Der Staat ein "Unternehmen" im Sinne des Konzernrechts?	S. 77
1.	Die Ansichten des konzernrechtlichen Schrifttums	S. 78
2.	Die Ansicht Emmerichs	S. 80
§ 4	<u>Einflußerweiternde Verträge nach dem Aktiengesetz</u>	S. 87
A	Strukturverändernde Verträge	S. 87
B	Gesamtgesellschaftliche Verpflichtungen	S. 89
I	Möglichkeiten der Einflußerweiterung	S. 90
1.	Die Weisungsbefugnis gegenüber der Gesellschaft	S. 90
2.	Die vertragliche Beschränkung der Verbandsautonomie	S. 91
II	Materielle Grenzen der vertraglich begründbaren Einflußerweiterungen	S. 95
C	Die Konsequenzen für die öffentliche Hand	S. 98
§ 5	<u>Möglichkeiten einer staatlichen Einflußnahme auf Aktiengesellschaften nach dem öffentlichen Recht</u>	S. 106
A	Das Beamtenrecht	S. 107
B	Gemeinderecht	S. 118
I	Der Inhalt des § 70 DGO	S. 119
II	Die Ablösung der DGO durch die Ländergemeindeordnungen	S. 122

C	Haushaltsrecht	S. 126
I	Einflußmöglichkeiten der öffentlichen Hand nach dem Haushaltsrecht	S. 126
II	Die haushaltsrechtlichen Kontrollmöglichkeiten	S. 130
D	Spezielle Gründungs- und Beteiligungsgesetze	S. 132
E	Tätigkeitsbezogene Gesetze	S. 136
F	Einflußnahme durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	S. 139
G	Die Sozialisierung der AG - Art. 15 GG -	S. 140
I	Allgemeines zur Sozialisierung	S. 140
II	Die Sozialisierung der von Aktiengesellschaften betriebenen Unternehmen	S. 143
§ 6	<u>Öffentlich-rechtliche Beschränkungen der staatlichen Einflußnahme auf Aktiengesellschaften</u>	S. 146
A	Verbot der "kalten Sozialisierung"	S. 147
B	Die Grundrechte, insbesondere Art. 12 und Art. 14 GG	S. 150
I	Der Grundrechtsschutz der Gesellschaft	S. 150
1.	Die gesetzliche Indienstnahme einer AG	S. 150
2.	Der Grundrechtsschutz der Gesellschaft gegenüber dem Handeln des staatlichen Aktionärs	S. 153
II	Der Grundrechtsschutz der privaten Minderheitsaktionäre	S. 155
1.	Berufsfreiheit und Eigentumsschutz der Aktionäre als Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsermessens	S. 157
2.	Der Grundrechtsschutz der privaten Aktionäre gegenüber der innergesellschaftlichen Herrschaftsausübung des staatlichen Aktionärs	S. 164
3.	Kapitel	
	<u>Das am öffentlichen Interesse ausgerichtete Handeln der staatlich beeinflussten AG</u>	S. 168
§ 7	<u>Das am öffentlichen Interesse orientierte Handeln der staatlich beeinflussten AG als Handeln eines Privatrechtssubjekts</u>	S. 168
A	Die AG als Rechtssubjekt des Privatrechts	S. 168
B	Die besonderen Grundsätze bei der "Einmann-AG"	S. 169
I	Der "Durchgriff" auf den staatlichen Alleinaktionär	S. 170
II	Der "umgekehrte Durchgriff" - kein Instrument zur Übertragung staatlicher Rechte und Pflichten auf die staatlich beherrschte AG	S. 171

C	Normen und Grundsätze, die die privatrechtliche Tätigkeit von Aktiengesellschaften im öffentlichen Interesse beeinflussen	S. 174
I	Energierrecht	S. 175
II	Personenbeförderungsrrecht	S. 177
III	Kartellrecht	S. 178
IV	Monopolprivatrecht	S. 181
D	Die Grenzen der privatrechtlichen Erfassung des Problems	S. 185
§ 8	<u>Das Handeln der AG als Ausübung öffentlicher Verwaltung</u>	S. 189
A	Zum Begriff der "öffentlichen Verwaltung"	S. 189
I	Die ausschließlich materielle Bestimmung der öffentlichen Verwaltung	S. 190
II	Die formell-organisatorische und zugleich materielle Bestimmung der öffentlichen Verwaltung	S. 191
B	Die AG als Träger öffentlicher Verwaltung	S. 199
I	Allgemeines zu den Trägern mittelbarer Staatsverwaltung	S. 199
1.	Die Notwendigkeit eines organisatorischen Rechtsaktes zur Begründung der Verwaltungsträgerschaft	S. 199
2.	Die Unterscheidung der Träger mittelbarer Staatsverwaltung nach der Art der ihnen übertragenen Kompetenzen	S. 201
II	Private Träger öffentlicher Verwaltung	S. 205
1.	Allgemeines zur Verwaltung durch Private	S. 207
a)	Notwendigkeit der öffentlich-rechtlichen Begründung einer staatlichen Kompetenz	S. 207
b)	Die Abgrenzung der übertragenen staatlichen von den eigenen Kompetenzen des Privatrechtssubjekts	S. 208
aa)	Private eigene Kompetenz - übertragene privatrechtliche Kompetenz des Staates	S. 209
bb)	Verwaltungspflichten - Verwaltungsobliegenheiten	S. 210
cc)	Privater Verwaltungsträger - bloßer "Gehilfe" oder bloßes "Werkzeug" der staatlichen Verwaltung	S. 214
2.	Die Aktiengesellschaft als beliehenes Unternehmen	S. 216
3.	Die Aktiengesellschaft als Träger eines Verwaltungsmonopols	S. 234

4.	Die Aktiengesellschaft als Wahrnehmungssubjekt privater Verwaltungskompetenzen des Staates	S. 242
a)	Die Zulässigkeit der Übertragung privater Kompetenzen des Staates auf Private	S. 244
b)	Die gesetzliche Übertragung privater Verwaltungsaufgaben des Staates auf Private	S. 246
c)	Die Übertragung privater Verwaltungsaufgaben durch Verwaltungsakt ohne gesetzliche Ermächtigung	S. 249
aa)	Die Zulässigkeit gesetzesfreier Übertragung privater Verwaltungsaufgaben auf Private	S. 249
bb)	Voraussetzungen und Möglichkeiten der Delegation privater Verwaltungsaufgaben durch gesetzesfreien Verwaltungsakt	S. 251
d)	Die Delegation privater Verwaltungsaufgaben des Staates auf eine AG durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	S. 264
e)	Die öffentlich-rechtlichen Bindungen der AG als Verwaltungsträger bei der Erfüllung privater Verwaltungsaufgaben	S. 268
5.	Rechte und Möglichkeiten des Staates, die keine Verwaltungsträgerschaft einer Aktiengesellschaft begründen	S. 270

<u>Die Garantenstellung des staatlichen Aktionärs</u>	S. 272
---	--------

A	Allgemeines zur Garantenstellung	S. 274
---	----------------------------------	--------

B	Das Verbot des indirekten Eingriffs	S. 277
---	-------------------------------------	--------

C	Die Garantie des Leistungsanspruchs	S. 283
---	-------------------------------------	--------

I	Die AG als Träger einer öffentlichen Einrichtung	S. 285
---	--	--------

II	Die Verpflichtung des staatlichen Aktionärs zum Gebrauch seiner gesellschaftsrechtlichen Einflußmöglichkeiten	S. 290
----	---	--------

III	Die Pflicht des staatlichen Garanten zum Ausgleich des Defizits und zur garantengerechten Organisation	S. 293
-----	--	--------

esen		S. 298
------	--	--------

hang		S. 309
------	--	--------

LITERATURVERZEICHNIS

ANDERSON, Gerwin

Die zweifelhafte Kunstförderung,
JUS 1969, S. 328 f.

ARMBRUSTER, Hubert

Pressefreiheit. Entwurf eines Gesetzes zum Schutze freier Meinungsbildung und Dokumentation des Arbeitskreises Pressefreiheit,
hrsg. von Hubert Armbruster u. a.,
Berlin / Neuwied 1970

BACHELIN, Herwig

Der konzernrechtliche Minderheitenschutz. Die Stellung des außenstehenden Aktionärs in Unternehmensverbindungen,
Köln 1969

BACHOF, Otto

Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts,
AöR 83 S. 233

BADURA, Peter

Verwaltungsmonopol,
Berlin 1963

- Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat,
DÖV 1966 S. 624
- Der Betrieb öffentlicher Einrichtungen durch private Träger,
JUS 66 S. 19

BALLERSTEDT, Kurt

Rechtsform gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen,
DÖV 1951 S. 449 ff.

- Über Tarifgerechtigkeit,
in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Paul Giesche,
Karlsruhe 1958, S. 311 ff.

BAUMBACH, Adolf - HUECK, Alfred und Götz

Aktiengesetz,
13. Aufl. München 1968

BECKER, Wolfgang

Das ERP-Sondervermögen, Entstehung und Verwaltung,
Göttingen 1968

BERKEMANN, Jörg

Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften,
Abhandlungen aus dem Seminar für öffentliches Recht Hamburg Nr. 53,
Hamburg 1966

BERNHARDT, Wolfgang

Mitteilungs-, Bekanntmachungs- und Berichtspflichten über Beteiligun-
gen nach dem neuen Aktienrecht,
Betriebsberater 1966 S. 678 ff.

Beteiligungen des Bundes 1970,

Anhang zum Finanzbericht 1972,
herausgegeben vom Bundesministerium für Wirtschaft und Finanzen,
Bonn

BETTERMANN, Karl-August

Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger,
NJW 1969 S. 1321 ff.

- Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand,
in: Festschrift für Ernst E. Hirsch, S. 1 ff.

BIEDENKOPF, Kurt

Rechtsfragen der konzertierten Aktion,
Betriebsberater 1968, S. 1005

BLANK, Eberhard

Weisungsrecht der Gemeinden an ihre Vertreter in wirtschaftlichen Un-
ternehmen,
Der Städtetag 1958 S. 106

BLENS, Heribert

Art. 12 I des Grundgesetzes und die Verwirklichung der sozialen Markt-
wirtschaft,
Diss. Köln 1968

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang

Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung
zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,
Berlin 1964

BOERGEN, Rüdiger

Die Gründung privatrechtlich organisierter bundesabhängiger Nicht-
Wirtschafts-Unternehmen,
DVBl 1971 S. 869

BOLSENKÖTTER, Heinz

Zum aktienrechtlichen Begriff des Unternehmens,
Der Betrieb 1967 S. 1098 ff.

BONNER KOMMENTAR

Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Loseblattsammlung,
Hamburg, Zweitbearbeitung 1964 ff.

BRAUKSIEPE, Jochen

Zum Unternehmensbegriff des neuen Aktiengesetzes,
Betriebsberater 1966 S. 869 ff.

BREIDBACH, Hans-Josef

Privatisierung,
Schriftenreihe des Deutschen Industrieinstituts 5, Heft 8,
Köln 1960

BROHM, Winfried

Strukturen der Wirtschaftsverwaltung,
Freiburg 1968

BRUNS, Rudolf

"Das Wesen der AG" in der Rechtsprechung des Reichsgerichts,
1956

BURGER, Dieter

Über die Rechtsstellung öffentlicher Unternehmen im Privatrechtsverkehr,
Diss. Tübingen 1966

DAGTOGLOU, Prodromos

Die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben,
DÖV 1970 S. 532

ECKSTEIN, Dieter

Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Bergbau und in
der Elektrizitätswirtschaft der Bundesrepublik Deutschland,
Stuttgart 1966

EISER, Ernst - RIEDERER, Johann - SIEDER, Frank

Energiewirtschaftsrecht, Kommentar,
3. Aufl. München und Berlin 1970

EMMERICH, Volker

Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen,
Bad Homburg / Berlin / Zürich 1969

- Besprechung von BGH NJW 69 S. 2195,
JUS 1970 S. 90.
- Die Fiskalgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftli-
cher Betätigung der öffentlichen Hand - BGHZ 52 S. 325 und BGB, Der
Betrieb 1969, S. 1791,
JUS 1970 S. 332

ENGISCH, Karl

Einführung in das juristische Denken,
Stuttgart 1956

EVERS, Hans-Ulrich

Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit,

NJW 1960 S. 2073

EYERMANN, Erich - FRÖHLER, Ludwig

Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar,

5. Aufl. 1971

VON FALKENHAUSEN, Bernhard

Anmerkung zu dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 14. April 1960 bezüglich der Verfassungsmäßigkeit des Umwandlungsnetzes,

Die AG 1960 / 225

- Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (AG und GmbH),

Berkeley - Kölner - Rechtsstudien,

Kölner Reihe Bd. 9, Karlsruhe 1967

FECHNER, Erich - SCHNEIDER, Peter

Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht,

Gutachten zum Fall Feldmühle-AG, erstattet für Hermann Krages, Bremen, Tübingen 1960

FIELITZ, Karl Heinrich - MEYER, Heinz - MONTIGEL, Eberhard

Personenbeförderungsgesetz, Kommentar,

Frankfurt / Main 1961 ff. (Loseblattsammlung)

FISCHBACH, Oskar Georg

Bundesbeamtengesetz, Kommentar,

3. Aufl. 1964-65

FISCHER, Curt Eduard

Das Problem der Rechtsform für öffentliche Unternehmen,

in: Die öffentliche Wirtschaft, 1958, Heft 3, S. 2 ff.

FISCHER, Rudolf

Die Aktiengesellschaft,

in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 3, Abt. 1, Kap. 3,

Abschnitt 1

FISCHERHOF, Hans

Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung,

DÖV 1957, S. 305

- "Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV

1960 S. 44

FLEINER, Fritz

Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts,

8. Aufl. Tübingen 1928

FORSTHOFF, Ernst

Die Verwaltung als Leistungsträger,
Stuttgart / Berlin 1938

- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil,
9. Aufl. München und Berlin 1966
- Rechtsstaat im Wandel,
Stuttgart 1964

FRANKE, Gottfried W.

Umwandlung unter Ausschluß der Minderheitsaktionäre verfassungs- und
gesetzeswidrig?
Der Betrieb 1961 S. 191 ff.

FRENTZEL, Gerhard

Die gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand. Ein Problem des Wirt-
schaftsverfassungsrechts.
Schriftenreihe des Deutschen Industrie- und Handelstages Heft 56,
Bonn 1958

FRIESECKE, Albrecht

Bundeswasserstraßengesetz, Kommentar,
Berlin 1971

GALLWAS, Hans-Ulrich

Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private,
VVDStRL 29 S. 212 ff.

GAUSE, Hermann

Die öffentliche Indienstnahme Privater,
Diss. Kiel 1967

GEßLER, Ernst

Probleme des neuen Konzernrechts,
Der Betrieb 1965 S. 1691 ff.

GEßLER, Ernst - HEFERMEHL, Wolfgang - ECKARDT, Ulrich - KROPFF,
Bruno

Aktiengesetz, Kommentar,
1. Lieferung 1973

GIESE, Friedrich - SCHUNCK, Egon

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,
6. Aufl. 1962

GODIN, Reinhard Freiherr von - WILHELMI, Hans

Aktiengesetz, Kommentar,
4. Aufl. 1971

GÖNNENWEIN, Otto

Gemeinderecht,
Tübingen 1963

GÖTZ, Volkmar

Recht der Wirtschaftssubventionen,
München - Berlin 1966

GREIF, Wolfgang

Personenbeförderungsgesetz, Kommentar,
München - Berlin 1961

GROSSKOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ 1937,
2. Aufl. Berlin 1961

GROSSKOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ 1965,
3. Aufl. Berlin / New York 1973

HÄBERLE, Peter

"Öffentliches Interesse" als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung,
Bad Homburg 1970

HAMANN, Andreas

Öffentliche Kredite und Bürgschaften,
Betriebsberater 1953 S. 865

- Umwandlungsgesetz und Eigentumsgarantie,
Betriebsberater 1960 S.1306

- Kommentar zum Grundgesetz,
3. Aufl. Berlin 1970

HAMM, Walter

Kollektiveigentum. Die Rolle öffentlicher Unternehmen in der Marktwirtschaft,
Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Bd. 9,
Heidelberg 1961

HANDBUCH DER AKTIENGESELLSCHAFTEN 1972/73,
Verlag Hoppenstedt

HENZE, Karl-Otto

Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater,
Heidelberg 1958

HESSE, Konrad

Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,
6. Aufl. Karlsruhe 1973

HOPPENSTEDT

Beteiligungen in Schaubildern,
Loseblattsammlung, Stand 1973

HOFMANN, Max

Luftverkehrsgesetz, Kommentar,
München 1971

HUBER, Ernst Rudolf

Wirtschaftsverwaltungsrecht,
2. Aufl. Tübingen, Bd. I, 1953, Bd. II, 1954

- Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung,
Stuttgart 1970

HUECK, Alfred

Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Umwandlungsgesetzes,
Der Betrieb 1960 S. 375

- Gesellschaftsrecht,
16. Aufl. München 1972

HURST, Karl

Anmerkung zu BVerwG DVBl 1965 S. 522, DVBl 1965 S. 523

IMMENG, Ulrich

"Unternehmensfusion und Aktionärsrechte",
Betriebsberater 1970 S. 629 ff.

IPSEN, Hans Peter

Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben,
in: Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann,
S. 141 ff.
Stuttgart / Köln 1950

- Kollision und Kombination von Prüfungsvorschriften des Haushalts- und Aktienrechts,
JZ 1955 S. 593
- Hamburgs Verfassung und Verwaltung. Von Weimar bis Bonn,
Hamburg 1956
- Öffentliche Subventionierung Privater,
DVBl 1956 S. 461 ff.
- Die öffentliche Subventionierung Privater,
Berlin / Köln 1956
- Rechtsfragen zur "Ausgliederung" des Werbefernsehens,
NJW 1963 S. 2102
- Verwaltung durch Subventionen,
VVDStRL 25 S. 257 ff.

ISENSEE, Josef

Subsidiaritätsprinzip - Verfassungsrecht,
Berlin 1968

JELLINEK, Walter
Verwaltungsrecht,
3. Aufl. Offenburg 1948

KAHRENKE, Helmut
Privatrechtliche Unternehmen mit Betätigung von Gebietskörperschaften,
in: D.ö.H., Jg. 9, S. 193

- Die Kontrolle der staatlichen Betätigung bei Unternehmen,
DÖV 1971 S. 190

KIRN, Michael
Der Stand der Diskussion um die Pressekonzentration,
ZRP 1970 S. 102 ff.

KIRSCHSTEIN, Friedrich
Marktmacht und ihre Kontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen,
München 1974

KLEBE, Walter
Möglichkeiten und Folgen der Wahl eines Trägers öffentlicher Verwal-
tung zwischen den Gestaltungsformen des öffentlichen und privaten
Rechts,
Diss. jur. Marburg 1960

KLEIN, Hans H.
Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe,
DÖV 1965 S. 755

- Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb,
Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz 1968

KLETTE, Dieter
Die rechtliche Verselbständigung von Unternehmen der Gebietskörper-
schaften und Gemeindeverbände,
Betriebsberater 1970 S. 376

KNIES, Wolfgang
Die Überlassung gemeindlicher Räume an politische Parteien,
BayVBl. 1968 S. 232

KÖLNER KOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ,
Bd. 3 B, 1. Lieferung,
Köln, Berlin, Bonn, München 1971

KOENIGS, Folkmar
Diskriminierung der Allgemeinen Ortskrankenkasse - zu BGHZ 36/91,
JUS 1962 S. 342 ff.

KÖRNER, W.
Die Verfassungswidrigkeit der sogenannten Mehrheitsumwandlung,
Betriebsberater 1960 S. 687

KÖTTGEN, Arnold

Die rechtsfähige Verwaltungseinheit,
Verwaltungsarchiv, 44. Bd. 1939 S. 1 ff.

- Die Organisationsgewalt,
VVDSrL 16, S. 154 f.
- Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung,
JÖR, NF, Bd. 11 S. 173 ff.
- Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Eine verfassungsrechtliche
Untersuchung,
in: Hundert Jahre Dt. Rechtsleben, Festschrift zum 100 jährigen Bestehen
des DJT,
Karlsruhe 1960, Bd. I S. 577 ff.

KÖTTING, Johannes

Über den Begriff der öffentlichen Verwaltung,
Diss. Münster 1957

KOPP, Ferdinand

Der beliehene Unternehmer,
DVBl 1970 S. 724 ff.

KOTTENBERG, Kurt - REHN, Erich

Kommentar zur Gemeindeordnung von NRW,
9. Aufl. Siegburg 1970

KREUSSLER, Horst

Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetz-
geber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Dif-
ferenzierungszielen,
Berlin 1972

KROPFF, Bruno

Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965,
Betriebsberater 1965 S. 128 ff.

KRÜGER, Herbert

Allgemeine Staatslehre,
2. Aufl. Stuttgart 1966

- Sozialisierung,
in: Die Grundrechte, Bd. III/1, Berlin 1958
(hrsg. von Bettermann-Nipperdey-Scheuner), S. 276 ff.
- Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung,
DVBl 1951 S. 361 ff.

KRUSCHKE, Hans-Dieter

Wirtschaftliche Betätigung und fürsorgerechtliche Verpflichtung der öf-
fentlichen Hand,
DÖV 1971 S. 694

KUNZE, Richard - SCHMID, Carl - REHN, Franz-Karl
Gemeindeordnung für Baden-Württemberg,
3. Aufl. 1970

LABUS, Peter

Der Gleichheitssatz in der schlichten Hoheitsverwaltung und der fiskalischen Verwaltung,
Diss. Würzburg 1972

LANG, Helmar

Der Einfluß der öffentlichen Hand auf gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften,
Diss. Freiburg 1964

LARENZ, Karl

Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
2. Aufl. Berlin - Heidelberg - New York 1969

- Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2,
10. Aufl. München 1972

LEHMANN, Heinrich - DIETZ, Rolf

Gesellschaftsrecht,
3. Aufl. Berlin / Frankfurt/Main 1970

LEISNER, Walter

Mitbestimmung im öffentlichen Dienst,
Bad Godesberg 1970

- Die Unzulässigkeit steuerlicher Fiskalprivilegien,
Betriebsberater 1970 S. 405

LEO, Hans-Christoph

Die Rechtsstellung des Vorstandes der Aktiengesellschaft nach dem Regierungsentwurf eines neuen Aktiengesetzes,
Die Aktiengesellschaft 1960 S. 261

- Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht,
Die Aktiengesellschaft 1965 S. 352 ff.

LIST, Friedrich

Energierrecht. Ein Grundriß der Grundfragen,
2. Aufl. Wiesbaden 1952

LOHL, Reinhold

Die staatliche Betätigung bei privatrechtlichen Unternehmen nach der Haushaltsrechtsreform,
Die Aktiengesellschaft 1970 S. 159 ff.

MALLMANN, Walter

Schranken nichthoheitlicher Verwaltung,
VVDStRL 19 S. 165

- MARTENS, Wolfgang
Öffentlich als Rechtsbegriff,
Bad Homburg, Berlin, Zürich 1969
- Übertragung von Hoheitsgewalt auf Schüler,
NJW 1970 S. 1029
- MANGOLDT, Herrmann von - KLEIN, Friedrich
Das Bonner Grundgesetz,
2. Aufl. Berlin und Frankfurt/M,
Bd. I - 1955/57, Bd. II - 1959-64
- MAUNZ, Theodor
Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts,
Verw. Archiv Band 40 S. 315
- Staatsrecht, 16. Aufl. 1968
- MAUNZ, Theodor - DÜRIG, Günther - HERZOG, Roman
Kommentar zum Grundgesetz
- MAYER, Otto
Deutsches Verwaltungsrecht,
3. Aufl. München und Leipzig 1924
- MERK, Wilhelm
Deutsches Verwaltungsrecht I,
2. Aufl. Berlin 1970
- MEULENBERGH, Claus
Die rechtlichen Möglichkeiten der Einflußnahme auf den Vorstand der
Aktiengesellschaft,
Bad Schwartau 1971
- MICHAELIS, Rüdiger
Der Beliehene. Ein Beitrag zur Verflechtung von öffentlichem und pri-
vatem Recht,
jur. Diss. Münster 1969
- MIEGEL, Meinhard
Der Unternehmensbegriff des Aktiengesetzes 1965. Unter besonderer
Berücksichtigung der allgemeinen Problematik des Unternehmensbe-
griffs,
Bad Homburg, Berlin, Zürich 1970
- MENGER, Christian-Friedrich - ERICHSEN, Hans-Uwe
Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht,
in: Verwaltungsarchiv Bd. 61 (1970) S. 375 ff.
- MESTMÄCKER, Ernst Joachim
Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Pri-
vatrecht,
Der Betrieb 1968 S. 787 ff.

MÖHRING, Philipp

Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktiengesetz,
NJW 1967 S. 1 ff.

MÖSSNER, Jörg Manfred

Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage - BVerwGE 30 S. 191,
JUS 1971 S. 131

MOMBERGER, Eckhard

Bundesunternehmen im Wettbewerb mit der privaten Wirtschaft,
Diss. Marburg 1968

MÜLLER-BECK

Das Beamtenrecht in Baden-Württemberg, Kommentar zum Landesbeamten-
tengesetz

MÜLLER-ERZBACH, Rudolf

Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, ver-
anschaulicht am Gesellschaftsrecht,
AcP 154 S. 299

MUNTZKE, Hans - SCHLEMP, Hans

Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung,
Bad Homburg - Berlin 1954

NATZMER, Helmut von

Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepu-
blik Deutschland,
in: Wilh. Weber, Gemeinwirtschaft in Westeuropa,
Göttingen 1962, S. 379-448

NIPPERDEY, Hans-Carl

Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz,
2. Aufl. Köln, Berlin, München, Bonn 1961

DIE ÖFFENTLICHEN UNTERNEHMEN IN DER BUNDESREPUBLIK UND IN
BERLIN,

zusammengestellt von der Gesellschaft der öffentlichen Wirtschaft e. V.
Berlin - Köln - Deutz 1957

OSSENBÜHL, Fritz

Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private,
VVStRL 29 - Berichterstatter -

- Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen - Zur
Problematik der Gewährung öffentlicher Leistungen -
DVBl 1973 S. 289
- Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung,
DVBl 1974 S. 541 ff.

- PAGENKOPF, Hans
Kommunalrecht,
Köln, Berlin, Bonn, München 1971
- PAPIER, Hans-Jürgen
Staatshaftung im Bereich der Leistungsverwaltung,
DVBl 1972 S. 601
- PAPPERMANN, Ernst
Prozessuale Fragen im Rechtsstreit politischer Parteien auf Überlassung
gemeindlicher Räume,
JZ 1969 S. 485 ff.
- PATZIG, Werner - TRABER, Theo
Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, Bd. 2,
Köln, Berlin, Bonn, München 1970
- PETERS, Hans
Öffentliche und staatliche Aufgaben,
in: Festschrift für Nipperdey II,
München und Berlin S. 877 ff.
- PIDUCH, Erwin Adolf
Bundeshaushaltsrecht,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969
- PLEYER, Klemens
Aktienrecht und Unternehmenskonzentration,
Die Aktiengesellschaft 1959 S. 8 ff.
- PÖPPL, Franz
Aktienrechtlicher Minderheitenschutz durch den "Abhängigkeitsbericht".
Ein betriebswirtschaftlicher Beitrag zum Aktiengesetz 1965,
Stuttgart 1972
- POHLE, Ekhard
Interessenverbände der öffentlichen Hand,
Verw. Arch. 53 (1962)
- PÜTTNER, Günter
Das Recht der kommunalen Energieversorgung. Zum Problem der be-
sonderen öffentlichen Aufgaben der Gemeindeunternehmen,
Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz 1967
- Die öffentlichen Unternehmen,
Bad Homburg / Berlin / Zürich 1969
 - Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen,
Frankfurt am Main 1972

QUACK, Klaus

Die Entsendung von Gemeindevertretern in die Organe von Kapitalgesellschaften,
DVBl 1965 S. 345 ff.

RASCH, Harold

Deutsches Konzernrecht,
4. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1968

RAUTENBERG, Alfred - FRANTZIOCH, Heinz

Personenbeförderungsrecht, Kommentar,
Bad Godesberg 1961

REHBINDER, Eckard

Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht,
Bad Homburg v. d. H. / Berlin / Zürich 1969

RENCK, Ludwig

Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag,
JUS 1971 S. 77 ff.

REUSS, Wilhelm

Öffentliche Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln,

in: Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. 2,
Karlsruhe 1963, S. 255 ff.

- Wirtschaftsverwaltungsrecht I,

in: Brauchitsch, Max von: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. 8,
Köln / Berlin / Bonn / München 1963

RICHTER, Ernst-Günter

Die Aktiengesellschaft mit Beteiligung der öffentlichen Hand und die Prüfungsrechte nach der Reichshaushaltsordnung,
JZ 1967 S. 440

RÜFNER, Wolfgang

Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft,
Berlin 1967

RUHWEDEL, Edgar

Rechtsnatur der Flugplatzgebühren,
Betriebsberater 1965 S. 1093

RUPP, Hans Heinrich

Privateigentum an Staatsfunktionen? Eine kritische Untersuchung am Beispiel der Technischen Überwachungsvereine,
Tübingen 1963

- Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre,

Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Band 15,
Tübingen 1965

SALZMANN, Heinrich - SCHUNCK, Egon - HOFMANN, Walter - SCHRICK, Alfred

Das Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz, Kommentar,
3. Aufl. Siegburg 1965

SALZWEDEL, Jürgen

Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes NRW

SAUER, Hubert

Sachverständiger beim TÜV,
DVBl 1970 S. 486

SCHACK, Friedrich

Zur "schlichten Hoheitsverwaltung",
DÖV 1970 S. 40 ff.

SCHÄFER, Dietrich

Aktuelle Probleme des neuen Aktienrechts,
Betriebsberater 1966 S. 229 ff.

- Wann ist der Großaktionär Unternehmer?

NJW 1967 S. 1741

SCHAUMANN, Wilfried

Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht,
JUS 1961 S. 110

SCHILD, Christa

Regionale Konjunktur- und Strukturpolitik - Der Fall Mansfeld-Sontra,
in: Finanzwirtschaftliche Forschungsarbeiten, N. F., Heft 25,
Berlin 1963, S. 79 ff.

SCHLICHTER, Otto

Klageformen bei der verwaltungsgerichtlichen Durchsetzung von Sub-
ventionsansprüchen,
DVBl 1966 S. 738 ff.

SCHMIDT, Gerhard

Energieversorgungsunternehmen als Instrumente der Besiedlungspolitik,
in: DÖW 58 Heft 1, S. 2 ff.

SCHMIDT, Reiner

Besprechung von Emmerich,
Das Wirtschaftsrecht, NJW 1971, S. 1737

SCHMÖLDER, Konstanz

Die Kontrolle der öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform,
Die öffentliche Wirtschaft 1957, Heft 4, S. 5 ff.

SCHOLZ, Christoph

Kreditinstitute des Bundes,
Frankfurt am Main 1960

SCHOLZ, Franz

Kommentar zum GmbH-Gesetz,
7. Aufl. 1970

SCHOLZ, Rupert

Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen,
Berlin 1967

- Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand,
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht,
1969, S. 97

SCHRICKER, Helmut

Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb,
Berlin 1964

SCHRÖDER, Meinhard

Die ungleiche Werftensubvention,
JUS 1969 S. 25 ff.

SCHULZE, R. - WAGNER, E.

Reichshaushaltsordnung,
3. Aufl. Berlin 1934

SCHWARZE, Jürgen

Der Streit um die Stadthalle,
JUS 1972 S. 715

V. SCHWARZKOPPEN

Beamte als Aufsichtsratsmitglieder,
R u Pr. VBl 50 (1929) S. 185 ff.

SCHWERDTFEGER, Günter

Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz,
Hamburg 1972

SELMER, Peter

Der Vorbehalt des Gesetzes,
JUS 1968, S. 489

SERICK, Rolf

Rechtsform und Realität juristischer Personen,
Berlin / Tübingen 1955

SIEBERT, Wolfgang

Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung,
in: Festschrift für Hans Niedermeyer,
Göttingen 1953, S. 217/18

SIEDENTOPF, Heinrich

Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft,
Stuttgart 1963

SMEND, Rudolf

Verfassung und Verfassungsrecht,
in: Staatsrechtliche Abhandlungen 1955, S. 237 ff.

SOERGEL-SIEBERT

BGB Kommentar,
10. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969

SPIEKER, Wolfgang

Aktienrechtsreform, Mitbestimmung der Arbeitnehmer und öffentliches Interesse,
JZ 1962 S. 721

VON STEBUT, Dietrich

Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht,
München 1972

STEINER, Udo

Die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Privatrechtssubjekte,
JUS 1969 S. 69 ff.

- Öffentliche Verwaltung durch Private,
DÖV 1970 S. 526 ff.

STERN, Klaus

Die Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages,
AöR 84 S. 137 ff.

STERN, Klaus - PÜTTNER, Günter

Die Gemeindewirtschaft - Recht und Realität,
Stuttgart 1965

STRICKRODT, Georg

Die gewerblichen Staatsunternehmen in ihrer verfassungsrechtlichen und unternehmerischen Bedeutung,
Tübingen 1954

SUREN, Friedrich Karl - LOSCHELDER, Wilhelm

Die Deutsche Gemeindeordnung, Kommentar,
Berlin 1950

TERHALLE, Fritz

Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung,
in: Moderne Organisationsformen der öffentlichen Unternehmung,
hrsg. von Julius Landmann, Erster Teil,
München und Leipzig 1932 S. 323 ff.

TERPITZ, Werner

Die Zuordnung der öffentlich-rechtlichen Sparkassen zur nicht-hoheitlichen öffentlichen Verwaltung,
DÖV 1969 S. 741

TERRAHE, Jürgen

Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation,
Diss. Münster 1961

THIELE, Willi

Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute,
einschließlich der Großbanken,
DVBl 1970 S. 200

TORZ, Robert

Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand
und das Grundgesetz,
DÖV 1958, S. 205 ff.

UNKELBACH, Michael

"Grundrechtliche Bindungen des Bundesgesetzgebers bei der Vergabe von
Leistungssubventionen zugunsten der gewerblichen Wirtschaft,
Diss. Bonn 1968

UNRUH, Christoph von

Gemeinderecht,
in: Besonderes Verwaltungsrecht (hrsg. von v. Münch),
3. Aufl. 1972 S. 83 ff.

VIALON, Friedrich K.

Haushaltsrecht, Kommentar zur Haushaltsordnung,
2. Aufl. Berlin und Frankfurt/Main 1959

VOGEL, Klaus

Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand,
Hamburg 1959

WAGNER, Heinz

Amts- oder Fiskalhaftung,
JZ 1968 S. 245

- Das Recht der Energieversorgungsleitungen als Anwendungsfall allgemeiner Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts,
JUS 1968 S. 197 ff.

WASSMUTH, Horst

Sind die Gemeinden Unternehmen nach dem neuen Aktienrecht?
Der Städtetag 1967 S. 43-46

WEDELL, Harald

Minderheitenschutz im Aktienrecht?
Diss. Göttingen 1971

WEISSER, Gerhard

Öffentliche Unternehmen als Instrumente der Preispolitik,
Die öffentliche Wirtschaft 1957, Heft 4, S. 18 ff.

WENGER, Karl

Die öffentliche Unternehmung. Ein Beitrag zur Lehre von der Wirtschafts-
verwaltung und zur Theorie des Wirtschaftsverwaltungsrechts,
Wien - New York 1969

WERNER, Fritz

Das Verhältnis von Recht und Wirtschaft in der Industriegesellschaft.
Schriften des Zentralverbandes der Deutschen Haus- und Grundeigentümer
Heft 13

WERNER, Paul

Auswirkungen der Zweistufentheorie im Subventionsrecht,
in: Bd. 13 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer,
Berlin 1962 S. 97 ff.

WERTENBRUCH, Wilhelm

Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht,
JUS 1961 S. 105

WESTERMANN, Harry

Die Verantwortung des Vorstandes der Aktiengesellschaft,
in: Eine Freundesgabe der Wissenschaft für E. H. Vits,
Frankfurt/Main 1963 S. 251 ff.

- Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und
Genossenschaftsrecht,
in: Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld,
Köln, Berlin 1973

WIEDEMANN, Hans

Unanwendbarkeit des § 359 StGB auf Angestellte der als AG oder GmbH betrie-
benen Versorgungs- und Verkehrsgesellschaften der öffentlichen Hand,
NJW 1965 S. 852

WOLFF, Hans J.

Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen,
in: Archiv für Kommunalwissenschaften 1963 S. 149 ff.

- Verwaltungsrecht I, 8. Aufl. München 1971
- Verwaltungsrecht II, 2. Aufl. München 1967
- Verwaltungsrecht III, 3. Aufl. München 1973

WÜRDINGER, Hans

Aktien- und Konzernrecht,
2. Aufl. Karlsruhe 1966

ZACHER, Hans

Verwaltung durch Subventionen,
VVDStRL 25 S. 308 - Mitberichterstatter -

ZEIDLER, Karl

Schranken nichthoheitlicher Verwaltung,
VVDStRL 19 S. 208

- Anmerkung zu BGH DVBl 1962 S. 298, DVBl 1962 S. 301

ZEISS, Friedrich

Das Problem der Rechtsformen für "öffentliche Unternehmen",
in: Die öffentliche Wirtschaft 1958, Heft 4 S. 2 ff.

- Entwurf zu einem Gesetz über öffentliche Unternehmungen,
in: Die öffentliche Wirtschaft 1955 Heft 6 S. 3 ff. und S. 18 ff.

ZÖLLNER, Wolfgang

Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden,
München und Barlin 1963

ZULEEG, Manfred

Die Rechtsform der Subventionen,
Berlin 1965

1. KAPITEL

DIE AKTIENGESELLSCHAFT ALS STAATLICHES GESTALTUNGSMITTEL

§ 1 Einleitung und Problemstellung

Mit der Verabschiedung des neuen Aktiengesetzes im Jahre 1965¹⁾ hat der Gesetzgeber nicht nur eine Reform des privaten Gesellschaftsrechts vorgenommen, sondern hat damit zugleich einen neuen Orientierungspunkt in einer seit langer Zeit mit wechselnder Intensität geführten Diskussion im Bereich des öffentlichen Rechts gesetzt. Der Bundesgesetzgeber ist im Rahmen der Neufassung des Aktienrechts einer in der Vergangenheit immer wieder erhobenen Forderung nach einer umfassenden Sonderregelung für Unternehmen, die von der öffentlichen Hand, d. h. von Bund, Ländern und Gemeinden, aufgrund ihrer Beteiligung beherrscht oder beeinflußt und vielfach zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben eingesetzt werden, nicht nachgekommen²⁾. Er hat vielmehr im wesentlichen die wenigen, bereits im alten Aktiengesetz von 1937 vorhandenen Vorschriften über eine staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften übernommen. Durch die Bestätigung dieser Beteiligungsvorschriften und durch die Weigerung, ein Sonderrecht für "öffentliche Unternehmen" zu schaffen, hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß er in der Aktiengesellschaft als einer juristischen Person des Privat-

1) Gesetz vom 6. 9. 1965, BGBl. I S. 1089.

2) Vgl. dazu die verschiedenen Beiträge in: "Die öffentliche Wirtschaft" (DÖW), insbesondere den Aufsatz von Fischer, DÖW 1958 Heft 3 S. 2 ff. mit weiteren Hinweisen, sowie die Gesetzesentwürfe für "öffentliche Unternehmen" von Zeiß in DÖW 1955 Heft 6 S. 3 und S. 18 und DÖW 1957 Heft 4 S. 8. Zum Vorschlag einer gesetzlichen Regelung vgl. auch Frenzel, Gewerbliche Betätigung, S. 41, sowie den Gesetzesentwurf der FDP in Drucksache des 2. Deutschen Bundestages 1953 S. 2712. Vgl. auch den Hinweis auf die verschiedenen Gesetzesinitiativen bei Stern-Püttner, Gemeindevirtschaft, S. 97/98.

rechts weiterhin eine Organisationsform sieht, die für eine staatliche Beteiligung offen ist, und die als Verwaltungsinstrument im öffentlichen Interesse zur Verfolgung öffentlicher Zwecke eingesetzt werden kann und darf.

Diese Auffassung des Gesetzgebers wurde bestätigt durch die Verabschiedung der neuen Bundeshaushaltsordnung im Jahre 1969¹⁾, die in ihrem § 65 im wesentlichen die Vorschriften der Reichshaushaltsordnung über die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen übernommen hat und die (auf finanziellen Erwägungen beruhenden) Voraussetzungen für eine Beteiligung des Bundes und das bei einer Beteiligung zu beachtende Verfahren bestimmt.

Eine Bestätigung für die nach Ansicht des Gesetzgebers zulässige Beteiligung von Bund, Ländern und Gemeinden an juristischen Personen des privaten Rechts enthält ferner das Umwandlungsgesetz vom 6. November 1969²⁾. Nach § 57 Abs. 1 und § 58 dieses Gesetzes können die Gebietskörperschaften ihre bisher als Eigenbetriebe geführten Unternehmen in Aktiengesellschaften umwandeln und damit die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf eine juristische Person des Privatrechts übertragen³⁾.

Wenn die erwähnten Vorschriften des Aktiengesetzes, der Bundeshaushaltsordnung und des Umwandlungsgesetzes auch erkennen lassen, daß nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften zulässig sein soll, so bleiben diese Gesetze jedoch die Antworten auf die in der staats- und verwaltungsrechtlichen Diskussion erörterten und noch weitgehend offen gebliebenen Fragen schuldig. So ist eine Klärung des Verhältnisses einer durch staatliche Kapitalbe-

1) Gesetz vom 19. August 1969, BGBl. I S. 2133.

2) BGBl. I S. 2081.

3) Vgl. dazu Klette, Betriebsberater 1970, S. 376.

teiligung beeinflussen AG zur öffentlichen Verwaltung und der Bewertung ihres häufig am öffentlichen Interesse orientierten Handelns durch die genannten Gesetze nicht erfolgt und somit der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung als Aufgabe übertragen. Ihre praktische Bedeutung erhält diese Aufgabe schon aus dem Umfang der in der Bundesrepublik festzustellenden Kapitalbeteiligung der öffentlichen Hand an Aktiengesellschaften. So ist z. B. der Bund als der größte Aktionär in der Bundesrepublik unmittelbar oder mittelbar an über 500 privatrechtlichen Personen- und Kapitalgesellschaften mit mindestens 25 % des Kapitals beteiligt, bei denen es sich in der Mehrzahl um Aktiengesellschaften handelt. Besonders durch seine Beteiligung an den großen Konzerngesellschaften wie VEBA, VIAG, SALZGITTER-AG oder die VOLKSWAGENWERKE-AG und den damit verbundenen zahlreichen "Tochter"- und "Enkelgesellschaften" verfügt der Bund über erhebliche Möglichkeiten zur Betätigung und möglichen Einflußnahme im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bereich ¹⁾. Aber auch die Länder und zahlreiche Gemeinden sind an den verschiedensten Aktiengesellschaften in verschiedenem Umfang und mit verschiedenster Zielsetzung beteiligt ²⁾.

Der große Umfang der staatlichen Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften und die Tätigkeit von staatlich beeinflussten Aktiengesellschaften in den verschiedensten Bereichen bringt es zwangsläufig mit sich, daß der Rechtsverkehr sehr häufig dem Staat als Aktionär bzw. einer durch staatliche Kapitalbeteiligung geprägten AG begegnet. Die für diese Begegnung gültigen rechtlichen Grundsätze und Maßstäbe zu entwickeln bzw. weiterzuentwickeln, soll die Aufgabe dieser Arbeit sein. Die Erarbeitung dieser Grundsätze ist eingebettet in zwei allgemeine Aufgabenbe-

1) Vgl. den "Anhang zum Finanzbericht 1972 - Beteiligungen des Bundes 1970".

2) Eine Aufstellung der Beteiligungen der Länder und Gemeinden befindet sich im Anhang dieser Arbeit.

reiche des Staats- und Verwaltungsrechts. Einmal ist sie Bestandteil der verwaltungsrechtlichen Aufgabe, den Staat auch dort, wo er sich privater Rechtsformen bedient, den besonderen Bindungen und Verantwortlichkeiten staatlichen Handelns zu unterwerfen ¹⁾ und ihn an der unkontrollierten "Flucht in das Privatrecht" zu hindern. Denn auch dort, wo "der Souverän den Thron verläßt und sich - vielfach unerkannt - unter das Volk mischt" ²⁾, um seine Ziele durch aktive Teilnahme am gesellschaftlichen Geschehen unter Verzicht auf Befehl und Zwang zu verwirklichen, soll er das ihn bindende Recht nicht ohne weiteres abstreifen können.

Da die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften vorwiegend im Bereich der "Daseinsvorsorge" anzutreffen ist, muß darüber hinaus der allgemein noch nicht ausreichend befestigte Boden des Rechts der Leistungsverwaltung betreten werden. Dadurch müssen allgemeine Probleme in die Betrachtung mit einbezogen werden, die aus dem Wandel des vorwiegend freiheitsbewahrenden konstitutionellen Staates in den wohlfahrtsfördernden sozialen Rechtsstaat ³⁾ entstanden sind und für deren Lösung das überkommene, auf dem strengen Dualismus von Staat und Gesellschaft aufbauende Verwaltungsrecht nicht zugeschnitten ist ⁴⁾. Die auch bei grundsätzlicher Anerkennung dieses Dualismus nicht zu leugnende fortschreitende wechselseitige Durchdringung von Staat und Gesellschaft ⁵⁾ rückt zunehmend in den Blickpunkt der verwaltungsrechtlichen Diskussion. Die diese Durchdringung kennzeichnenden Merkmale einer aktiven Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Geschehen und die Übernahme von bisher der

1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 476.

2) Bettermann, Festschrift für Hirsch, S. 1.

3) Vgl. dazu Badura, DÖV 1966, S. 624.

4) Rüfner, Formen, S. 132; Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, S. 135.

5) Vgl. dazu Ossenbühl, VVDStRL 29 S. 150 mit weiteren Hinweisen sowie Klein, Teilnahme, S. 25, Dagtoglou, DÖV 1970, S. 537, Werner, Das Verhältnis von Recht und Wirtschaft in der Industriegesellschaft, vgl. auch Biedenkopf, BB 1968, S. 1005, der von einer "Vergesellschaftung staatlichen Handelns" spricht.

Gesellschaft überlassenen Aufgaben sowie die häufige Wahl privatrechtlicher Gestaltungsmittel im Bereich der öffentlichen Verwaltung veranlaßten die Rechtswissenschaft in jüngerer Zeit zu ausführlichen Untersuchungen über die "Formen der öffentlichen Verwaltung im Bereich der Wirtschaft" ¹⁾, "die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb" ²⁾, oder die "Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private" ³⁾. Besondere Aufmerksamkeit wurde dabei auch dem "öffentlichen Unternehmen" als dem vom Staat am häufigsten gebrauchten Mittel zum Eindringen in den gesellschaftlichen Bereich gewidmet ⁴⁾.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, im Rahmen der aufgezeigten allgemeinen Problematik der speziellen Frage nachzugehen, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen der Staat sich zur Erfüllung seiner Vorhaben der privatrechtlichen Organisationsform "Aktiengesellschaft" bedienen darf und welche Möglichkeiten und Beschränkungen für ihn bei der Durchdringung des gesellschaftlichen Bereichs mit Hilfe dieses Gestaltungsmittels bestehen.

Ausgehend von den bei einer staatlichen Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften bestehenden Zielsetzungen und Interessen der beteiligten öffentlichen Hand, der möglichen Mitaktionäre und der außenstehenden Dritten als möglichen Leistungsempfängern oder auch Konkurrenten staatlich beeinflusster Aktiengesellschaften sollen insbesondere folgende Fragen untersucht werden:

1) Rüfner, Formen.

2) Klein, Teilnahme.

3) Dies war Beratungsgegenstand auf der Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1970, VVDStRL 29, S. 137 ff.

4) Vgl. hierzu Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, Habilschrift 1969; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Habilschrift 1969, sowie Wenger, Die öffentliche Unternehmung, 1969.

- Welche Möglichkeiten bestehen für den Staat, Einfluß auf eine AG zu nehmen, um ihre Tätigkeit im öffentlichen Interesse zu beeinflussen?
- Welche Rechte und Möglichkeiten haben die privaten Mitaktionäre in einer AG mit staatlicher Beteiligung, um für sie nachteilige staatliche Einflußnahmen auf die AG abzuwehren?
- Kann eine AG mit staatlicher Beteiligung im Rechtsverkehr mit Dritten als Träger öffentlicher Verwaltung an die Grundsätze des öffentlichen Rechts, insbesondere an die Grundrechte, gebunden werden und welche Voraussetzungen sind gegebenenfalls im einzelnen für die Annahme einer solchen Bindung notwendig?

Methodisch ist bei der Erörterung der genannten Probleme zu berücksichtigen, daß die Verfolgung spezieller Fragen auf der Basis allgemeiner Überlegungen nur bei hinreichend gefestigter Grundlage möglich ist. Trotz der erwähnten jüngsten Bemühungen, in dem Bereich der wechselseitigen Durchdringung von Staat und Gesellschaft Klarheit und allgemeingültige Erkenntnisse zu gewinnen, ist noch vieles ungeklärt und kontrovers geblieben. Aufgrund der speziellen Zielsetzung der Arbeit, die Grundsätze für eine staatliche Verwaltung in Gestalt aktienrechtlicher Beteiligung zu entwickeln, können in dem damit vorgegebenen Rahmen nicht alle allgemeinen Vorfragen abschließend erörtert werden. Es wird vielmehr notwendig sein, in einzelnen Fragen die speziellen Überlegungen auf der Basis angenommener, aber nicht allgemein anerkannter Grundsätze aufzubauen und zu entwickeln.

§ 2 Der Einsatz von Aktiengesellschaften im öffentlichen Interesse

Die Gründung von Aktiengesellschaften durch den Staat bzw. die

staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften hat ihren Ursprung regelmäßig in der Annahme eines Verwaltungsträgers, daß sich bestimmte Aufgaben oder Interessen des Staates überhaupt nur oder jedenfalls besser mit Hilfe einer eigenen AG oder durch Mitbeteiligung an einer AG lösen lassen. Die Praxis kennt zahlreiche Fälle, wo vom Staat mit der Gründung oder der Beteiligung an einer AG ein bestimmtes öffentliches Interesse verfolgt wurde oder wo eine bestehende Beteiligung dazu benutzt wurde, sie in verschiedensten Formen dem öffentlichen Interesse nutzbar zu machen. Dies soll an den folgenden Beispielen verdeutlicht werden.

A Konjunktur- und Preisbeeinflussung

Trotz einer deutlich zum Ausdruck gebrachten Zurückhaltung der bisherigen Bundesregierungen, die von ihr beeinflussten Unternehmen als ein Steuerungsmittel ihrer Wirtschaftspolitik einzusetzen ¹⁾, sind in der Vergangenheit doch einige Versuche bekannt geworden, mit Hilfe von staatlich beeinflussten Aktiengesellschaften Einfluß auf die Konjunktur und die Preisentwicklung zu nehmen.

So hat z. B. das Bundeswirtschaftsministerium im Oktober 1955 alle Bundesunternehmen aufgefordert, ihre Preise zu senken oder auf Preiserhöhungen zu verzichten. Zugleich wurden die in den Aufsichtsräten der Bundesunternehmen wirkenden Angehörigen des Bundeswirtschaftsministeriums angewiesen, in den Unternehmen auf eine Befolgung dieser Aufforderung hinzuwirken. Den Bundesländern und Gemeinden wurde nahegelegt, ihre Unternehmen entsprechend einzusetzen ²⁾. Daß solche Einflußnahmen tatsächlich

1) Vgl. z. B. die große Anfrage der SPD-Fraktion des 3. Deutschen Bundestages vom 1. März 1955, Drucksache III 1, S. 1630, sowie die Antwort des Bundeskanzlers Dr. Adenauer vom 1. März 1955, Drucksache III 1, S. 1631, sowie die große Anfrage der SPD-Fraktion des 3. Deutschen Bundestages vom 1. März 1955, Drucksache III 1, S. 1630, sowie die Antwort des Bundeskanzlers Dr. Adenauer vom 1. März 1955, Drucksache III 1, S. 1631.

auch Auswirkungen auf die Preispolitik der betroffenen Unternehmen haben können, zeigen die auf öffentliche Intervention hin unterbliebenen Preiserhöhungen der damals noch vollständig bundeseigenen PREUSSAG für Kohle und der SALZGITTER-AG für Stahl im November 1957¹⁾. Als Gegenbeispiel für die Erfolglosigkeit einer solchen Intervention sei auf die Preiserhöhung des VOLKSWAGENWERKES im Jahre 1962 verwiesen, die gegen die ausdrückliche Einflußnahme der Bundesregierung erfolgte²⁾.

Neben der unmittelbaren Preisgestaltung wurde zeitweilig auch versucht, die Bundesunternehmen zur allgemeinen Konjunktursteuerung zu veranlassen. Die Unternehmen sollen dadurch einen Beitrag zur Stabilisierung der Konjunktur leisten, daß sie ausgleichend auf Konjunkturschwankungen wirken und sich "antizyklisch und überkonjunkturell" verhalten³⁾, indem sie z. B. ihre Investitionspolitik anders als die gewinnorientierten Privatunternehmen so gestalten, daß sie in Phasen der Hochkonjunktur bewußt auf Investitionen verzichten und bei einer Rezession konjunkturstimulierende Investitionen vornehmen⁴⁾.

Die Notwendigkeit, einen Einsatz von öffentlichen Unternehmen zur Preis- und Konjunkturbeeinflussung mit einzelnen, relativ lange zurückliegenden Beispielen belegen zu müssen, liegt darin begründet, daß die Tauglichkeit und Zweckmäßigkeit eines solchen wirtschaftspolitischen Steuerungsinstruments wirtschaftswissenschaftlich und von den verantwortlichen Wirtschaftspolitikern überwiegend bezweifelt wird⁵⁾. Wegen der dadurch bedingten geringen

1) Vgl. Hamm, Kollektiveigentum, S. 22 ff.

2) Rübner, Formen, S. 184, sowie Weisser, DÖW 1957, Heft 4, S. 18.

3) Breitbach, Privatisierung, S. 63; vgl. auch Klein, Teilnahme, S. 49 mit weiteren Hinweisen.

4) Vgl. den Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. II Nr. 2110 S. 4 mit weiteren Hinweisen auf die Streichung und Streckung von Investitionsvorhaben aus konjunkturellen Gründen.

5) Siehe dazu die Hinweise bei Eckstein, Wirtschaftliche Betätigung, S. 132, und bei Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 73.

praktischen Bedeutung des Problems konnte die rechtliche Beurteilung eines solchen wirtschaftspolitischen Einsatzes bisher vernachlässigt werden. Bei einem möglichen Wandel der wirtschaftswissenschaftlichen Ansichten und der sich abzeichnenden Änderung der Wirtschaftspolitik in Richtung auf eine stärkere staatliche Steuerung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, wie sie durch das Stabilitätsgesetz ¹⁾ bereits vorgezeichnet wurde, dürfte allerdings auch der rechtliche Aspekt eines solchen Einsatzes an Bedeutung gewinnen.

Die Verpflichtung des § 1 des Stabilitätsgesetzes zur Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts im "magischen Viereck" obliegt zwar unmittelbar nur dem Bund und den Ländern sowie nach § 13 Abs. 3 des Stabilitätsgesetzes den bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts, nicht dagegen den privatrechtlich organisierten Bundesunternehmen. Mittelbar können aber auch diese möglicherweise zur Berücksichtigung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts angehalten werden; dann nämlich, wenn Bund und Länder ihre Verpflichtung aus dem Stabilitätsgesetz soweit verstehen, daß sie ihre in den gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsrechten begründeten Einflußmöglichkeiten im Sinne der jeweiligen wirtschaftspolitischen Erfordernisse einsetzen. In welchem Verhältnis eine solche am gesamtwirtschaftlichen Interesse orientierte Einflußnahme zum Recht der betroffenen einzelnen AG und ihrer nicht-staatlichen Aktionäre steht, wird daher in die spätere Untersuchung mit einbezogen werden müssen.

B Struktur- und sozialpolitische Ziele

Im Bereich der Struktur- und Sozialpolitik hat der Einsatz staatlich beeinflusster Aktiengesellschaften in der Sicherung vorhandener und

1) Gesetz vom 8. Juni 1967, BGBl I S. 582.

der Schaffung neuer Arbeitsplätze bisher seine hauptsächlichliche Bedeutung erlangt. Der Staat beteiligt sich an wirtschaftlich gefährdeten Unternehmen, um durch die Kapitalzuführung einen Beitrag zur Sanierung des Unternehmens und damit zur Sicherung der betroffenen Arbeitsplätze zu leisten.

Das klassische Beispiel für den Einsatz eines öffentlichen Unternehmens in diesem Bereich ist der Fall der aufgelösten bundeseigenen KUPFERSCHIEFER-GmbH Hannover¹⁾. Die Gesellschaft hielt in den letzten Jahren vor ihrer Auflösung den Betrieb ausschließlich deswegen aufrecht, um die Arbeitslosigkeit im Zonenrandgebiet in Nordhessen zu verringern. Obwohl die Kupferlagerstätten schon längst nicht mehr abbauwürdig und es von vornherein sicher war, daß der Betrieb unrentabel arbeiten würde²⁾, hielt man sogar noch zu einer Zeit an der Fortführung des Unternehmens fest, als die dafür erforderlichen Subventionierungskosten höher als die Löhne und Gehälter der dort Beschäftigten waren³⁾.

Dieses, seiner klassischen Bedeutung wegen dargestellte Beispiel eines Einsatzes von bundeseigenen Gesellschaften m. b. H. findet sich in ähnlicher Form auch bei den Aktiengesellschaften. So mußte z. B. die bundeseigene SALZGITTER-AG 75,3 % des Kapitals der BÜSSING-AUTOMOBILWERKE-AG erwerben, um die rund 6000 Arbeitsplätze bei diesem Unternehmen zu erhalten⁴⁾.

Eng mit dem sozialpolitisch motivierten Unternehmens- bzw. Beteiligungsziel einer Sicherung und Erhaltung von Arbeitsplätzen verbunden ist die Erschließung und Förderung wirtschaftlich zurückgebliebener Regionen⁵⁾. Wirtschaftlich unterentwickelte Land-

1) Vgl. dazu Eckstein, Wirtschaftliche Betätigung, S. 143.

2) Schild, Konjunktur- und Strukturpolitik, S. 92.

3) Hamm, Kollektiveigentum, S. 158.

4) Siehe dazu Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 34 und S. 72 mit weiteren Nachweisen.

5) Vgl. Klein, Teilnahme, S. 48 mit Beispielen.

striche oder durch politische Ereignisse benachteiligte Regionen können vom Staat u. a. dadurch gefördert werden, daß er die von ihm beeinflussten Unternehmen veranlaßt, in diesen Gebieten Zweigwerke zu errichten oder die dort ansässigen privaten Betriebe bei der Auftragserteilung bevorzugt zu behandeln ¹⁾.

C Wettbewerbspolitik

In der Literatur wird zuweilen auf die Bedeutung der öffentlichen Unternehmen als Instrumente der staatlichen Wettbewerbspolitik verwiesen. Der Markt soll durch die Errichtung eines Konkurrenzbetriebes der öffentlichen Hand für einen ausreichenden Wettbewerb offengehalten oder bei nicht marktgerechtem Verhalten mehrerer vorhandener "Konkurrenten" sollen diese zum Wettbewerb gezwungen werden ²⁾.

Auch ohne eigene Teilnahme am Wettbewerb kann eine AG wettbewerbsfördernd tätig sein, indem sie im Wettbewerb benachteiligte Unternehmen durch besondere Förderungsmaßnahmen unterstützt. Dies wäre z. B. bei der vorgeschlagenen "PRESSE FONDS-AG" der Fall, die nach einem von Fikentscher, Pohmer u. a. 1970 vorgelegten Entwurf eines "Gesetzes zum Schutze freier Meinungsbildung" ³⁾ gemeinsam von Bund und Ländern mit dem Ziel gegründet werden soll, die Wettbewerbsfähigkeit existenzgefährdeter Zeitungsverlage zu sichern ⁴⁾.

Die öffentlichen Unternehmen erlangen eine wettbewerbspolitische Bedeutung dort, wo der Wettbewerb durch rechtliche oder faktische

1) Vgl. hierzu auch Schmidt, Energieversorgungsunternehmen als Instrumente der Besiedlungspolitik, DÖW 1958 Heft 1 S. 2 ff.

2) Vgl. Klein, Teilnahme, S. 49, unter Hinweis auf Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 605 f. und S. 609 f.

3) Abgedruckt in "Pressefreiheit", herausgegeben von Armbruster, Arndt, Bachof u. a.

4) Vgl. dazu die Besprechung des Gesetzentwurfs von Kirn, ZRP 1970 S. 102 ff.

Monopolstellungen aufgehoben ist. Die mit einer Monopolstellung begründeten Gefahren eines Machtmißbrauchs glaubt man nach weit verbreiteter Ansicht nur durch eine staatliche Übernahme des Monopols ausschalten zu können¹⁾. So sollen die "faktischen Monopole" der öffentlichen Verkehrs- und Versorgungsunternehmen in dieser Überlegung häufig ihren Ursprung haben²⁾. Unabhängig davon, ob dieses Motiv in allen Fällen die staatliche Beteiligung an oder die Gründung von solchen Unternehmen veranlaßt hat, wird man heute anstelle des mißbrauchsausschließenden Monopolgedankens mehr die Leistungs- und Versorgungsgarantie durch diese Unternehmen in den Vordergrund stellen und vielfach auch durch die staatliche Gewinnerzielungsabsicht ergänzen müssen.

Wie sehr der Wettbewerbsgedanke als Motiv einer staatlichen Monopolbildung durch die letztgenannten Absichten ergänzt bzw. überlagert wird, zeigt die Ausübung des Zündwarenmonopols durch die als Aktiengesellschaft ausgestaltete und durch Reichsgesetz³⁾ geschaffene DEUTSCHE ZÜNDWAREN-MONOPOLGESELLSCHAFT⁴⁾. Aus der rechtlichen Ausgestaltung dieses Monopols sind klar die Motive des Gesetzgebers zu erkennen: Beschränkung und Kontrolle der bisherigen schwedischen Vormachtstellung auf dem deutschen Zündholzmarkt (§ 6 des Gesetzes), Sicherung des Zündwarenbedarfs der Bevölkerung (§ 35) sowie eine deutliche Gewinnerzielungsabsicht des Reiches (§ 14)⁵⁾.

1) Vgl. von Natzmer, Wirtschaftliche Betätigung, S. 379 (469-471); Klein, Teilnahme, S. 49; kritisch dazu Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 74, mit Hinweisen auf staatlichen Monopolmißbrauch.

2) Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 89 ff. mit weiteren Hinweisen.

3) RGBl. 1930 I S. 11 ff.

4) Die Satzung der AG ist abgedruckt im Reichsgesetzblatt 1930 I S. 20 ff. Das Zündwarenmonopol und die Beteiligungsrechte an der Zündwarenmonopolgesellschaft stehen heute dem Bund zu; vgl. dazu BFH 58 S. 604 sowie Badura, Verwaltungsmonopol, S. 238, und Huber, WVerwR II, Nachtrag A, S. 794 ff.

5) 1971 nahm der Bund 15,8 Mill. DM aus dem Zündwarenmonopol ein, davon wurden 2,9 Mill. DM an die schwedische Gruppe abgeführt, vgl. Bundeshaushaltsplan 1973 Kap. 6001 Titel 03701 sowie Kap. 6002 Titel 68601.

D Versorgung und Dienstleistung

Von besonderer Bedeutung ist der Einsatz öffentlicher Unternehmen zur Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Leistungen als "Daseinsvorsorge" ¹⁾ vor allem im Bereich der Energie- und Verkehrsversorgung, aber auch als Dienstleistungsunternehmen insbesondere im Kreditwesen und der Wohnungswirtschaft.

I Energieversorgung

Die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit elektrischer Energie erfolgt in der Bundesrepublik zum überwiegenden Teil durch Unternehmen - in der Mehrzahl Aktiengesellschaften -, die vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand sind oder an denen Bund, Länder und Gemeinden maßgeblich unmittelbar oder mittelbar über Konzernunternehmen beteiligt sind. Nach einer Untersuchung von Eckstein ²⁾ sind nur 130 von 772 Elektrizitätsunternehmen im Privatbesitz mit einem Gesamtproduktionsanteil von nur 7,6 %. Die 530 voll oder vorwiegend in kommunalem Eigentum stehenden Unternehmen haben dagegen einen Produktionsanteil von 17,1 %. Den überwiegenden Anteil der elektrischen Energie in der Bundesrepublik - 75,3 % - erzeugen die 112 überregionalen Unternehmen mit öffentlicher Kapitalbeteiligung. Diese sind zu einem großen Teil "Tochter"- oder "Enkelgesellschaften" der ganz oder überwiegend im öffentlichen Besitz befindlichen Konzerngesellschaften VIAG, PREUSSISCHE-ELEKTRIZITÄTS-AG und der RHEINISCH-WESTFÄLISCHEN ELEKTRIZITÄTSWERKE-AG (RWE) ³⁾.

1) Grundlegend dazu Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

2) Wirtschaftliche Betätigung, S. 38 ff.

3) Nach Eckstein, Wirtschaftliche Betätigung, S. 38 ff., ist die PREUSSISCHE-ELEKTRIZITÄTSWERKE-AG an 25 Energieversorgungsunternehmen unmittelbar oder mittelbar beteiligt, die VIAG an 11 und die RWE an 37.

II Verkehrsversorgung

Bund, Länder und Gemeinden gründen oder beteiligen sich häufig unmittelbar oder mittelbar an Aktiengesellschaften mit dem Ziel, für eine ausreichende und geregelte Verkehrsversorgung der Bevölkerung zu sorgen. So ist der Bund Gründer und mit 79,8 % Kapitalanteil Hauptaktionär der DEUTSCHEN LUFTHANSA AG ¹⁾. Er ist durch Aktiengesellschaften beteiligt an der Verwaltung von

- Flughäfen, z. B. durch die FLUGHAFEN-FRANKFURT AG (25,87 % Kapitalanteil des Bundes)
- Häfen, z. B. durch die DUISBURG-RUHRORTER HÄFEN-AG (Hafag) (33,33 % Kapitalanteil des Bundes)

und

- Kanälen, z. B. durch die RHEIN-MAIN-DONAU-AG (63,73 % Kapitalanteil des Bundes).

Auch im Bereich der kommunalen Verkehrsversorgung ist der Bund durch Aktiengesellschaften zumindest mittelbar vertreten, z. B. über die PREUSSENELEKTRA, die mit 54,67 % Hauptaktionärin der PADERBORNER ELEKTRIZITÄTSWERK und STRASSENBAHN-AG ist. Aus den zahlreichen Fällen der kommunalen Verkehrsversorgung durch öffentlich beeinflusste Aktiengesellschaften seien hier zwei Beispiele genannt, die aus politischen oder rechtlichen Gründen bereits über ihren Tätigkeitskreis hinaus Bedeutung erlangt haben und zugleich die Problemstellung der vorliegenden Arbeit verdeutlichen können:

1) Diese und die folgenden Bundesbeteiligungen sind aufgeführt in den "Beteiligungen des Bundes 1970, Anhang zum Finanzbericht 1972", S. 256 ff.

Im Sommer 1969 rückten die HANNOVERSCHEN-VERKEHRSBETRIEBE (ÜSTRA-AG), deren Anteile damals zu 77,77 % von der PREUSSENELEKTRA, zu 1 % von der Stadt Hannover und im übrigen von Privataktionären gehalten wurden, in den Blickpunkt des öffentlichen Interesses, als ihre Tarifpolitik politische Demonstrationen verursachte ¹⁾ und das Unternehmen schließlich gezwungen wurde, die zur Kostendeckung notwendigen Fahrpreiserhöhungen wieder rückgängig zu machen ²⁾. Dieser, den ständigen betriebswirtschaftlichen Verlust verankernde Beschluß berührte zwangsläufig die Rechte und Interessen der privaten Mitaktionäre ³⁾. Zur Beseitigung dieses unbefriedigenden Zustandes übernahm die VERSORGUNGS- UND VERKEHRSGESELLSCHAFT m. b. H. (80,49 % Stadt Hannover, 19,5 % Verband Großraum Hannover) im Jahre 1970 die Anteile der PREUSSENELEKTRA und der meisten Privataktionäre und verpflichtete sich in einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, mit Wirkung vom 1. 1. 1971 alle Verluste der ÜSTRA vor Feststellungen des Jahresabschlusses abzudecken. Im Geschäftsjahr 1971 belief sich dieser Verlust auf 19,7 Mill. DM ⁴⁾.

Die zu 100 % im Eigentum der Stadt Düsseldorf stehende DÜSSELDORFER STRASSENBAHN (RHEINBAHN)-AG ist nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23. 9. 1969 ⁵⁾ bei ihrer Tarifgestaltung an die Grundrechte gebunden. Nach Auffassung des BGH gilt diese Grundrechtsbindung für alle Unternehmen der Daseinsvorsorge, jedenfalls dann, wenn alle Kapitalanteile von der öffentlichen Hand gehalten werden. Die naheliegende, bisher nur

1) Diese wurden als "Aktion Roter Punkt" bekannt.

2) Vgl. hierzu die Erklärungen des Aufsichtsratsvorsitzenden auf der Hauptversammlung der Gesellschafter am 25. 6. 1969, Sonderbeilage zum Geschäftsbericht 1968.

3) Zu den rechtlichen Folgen dieser Vorfälle vgl. auch die Schadensersatzklage der ÜSTRA gegen das Land Niedersachsen, OLG Celle, JUS 1971, S. 489.

4) Vgl. Handbuch der deutschen Aktiengesellschaften 1972/73, S. 3971 f.

5) BGH NJW 1969, S. 2195.

gestellte, aber noch nicht eindeutig beantwortete Frage, ob dies auch für den Fall einer gemischt-öffentlichen und privaten Beteiligung gilt ¹⁾, wird später zu untersuchen sein.

III Kreditwesen

Eine gewisse Verbreitung hat die Aktiengesellschaft als Rechtsform auch für staatliche Banken und Kreditinstitute gefunden. Diese erfüllen verschiedene Funktionen. So dient z. B. die zu 62 % bundeseigene DEUTSCHE-BAU-UND-BODENBANK AG der Förderung der Bau- und Wohnungswirtschaft, namentlich des Städtebaues und des Wohnungsbaues ²⁾. Die DEUTSCHE VERKEHRS-KREDIT BANK-AG fungiert als Hausbank der Bundesbahn ³⁾. Die BERLINER INDUSTRIEBANK-AG, an der der Bund über sein ERP-Sondervermögen mit 68 % des Kapitals beteiligt ist, hat als Hauptleihinstitut und Treuhänderin des ERP-Sondervermögens in Berlin eine besondere Bedeutung. Ihr ausdrücklicher Geschäftszweck ist die Gewährung von mittel- und langfristigen Finanzierungshilfen zur Förderung der Berliner Wirtschaft ⁴⁾. Die Tätigkeit dieser Bank trägt Subventionierungscharakter und gerät dadurch in den allgemeinen Problemkreis der "öffentlichen Subventionierung Privater" ⁵⁾. Inwieweit die dort gefundenen Lösungen auch für eine staatliche Subventionierung mit Hilfe staatlich beeinflusster Aktiengesellschaften gelten, wird ebenfalls Gegenstand der späteren Untersuchung sein ⁶⁾. Die

1) Vgl. Emmerich im Rechtsprechungsbericht zu dem genannten Urteil, JUS 1970, S. 90.

2) Beteiligungen des Bundes, 1970, Anhang zum Finanzbericht 1972, S. 159.

3) Beteiligungen des Bundes 1970, a.a.O. S. 235.

4) Beteiligungen des Bundes 1970, a.a.O. S. 209. Zur Entstehung der BERLINER INDUSTRIEBANK-AG und ihren Aufgaben vgl. im einzelnen Becker, Das ERP-Sondervermögen, S. 71 ff.

5) Vgl. dazu die gleichlautende Abhandlung von Ipsen.

6) Vgl. dazu unten § 8 B II 2.

meisten der in Form von Aktiengesellschaften betriebenen staatlichen Bankunternehmen betätigen sich jedoch als normale Geschäftsbanken, ohne besonderen Bezug zu einem öffentlichen Interesse, und stehen in der Regel in einem echten Konkurrenzkampf mit anderen privaten Kreditinstituten. Hierzu wird man z. B. die landeseigene BERLINER BANK-AG ¹⁾ zählen müssen.

IV Wohnungsbau

Der Bund und die Länder sind direkt oder indirekt an zahlreichen, als Aktiengesellschaften ausgestalteten Wohnungsbaugesellschaften mit der Absicht beteiligt, durch diese im öffentlichen Interesse den allgemeinen Wohnungsbau zu fördern ²⁾.

Der Bund ist z. B. direkt mit 7,6 % an der GEMEINNÜTZIGEN WOHNUNGSBAU-AG GROSS BERLIN (GEWOBAG) oder indirekt über die Deutsche Bundespost mit 33,64 % an der GEMEINNÜTZIGEN WOHNUNGSBAUGESELLSCHAFT BADEN-WÜRTTEMBERG-AG beteiligt ³⁾. Das Land Berlin ist alleiniger Gesellschafter der GESELLSCHAFT ZUR FÖRDERUNG DES WOHNUNGSBAUES, GEMEINNÜTZIGE AG, und hält u. a. 85,7 % des Aktienkapitals der GESELLSCHAFT FÜR SOZIALEN WOHNUNGSBAU, GEMEINNÜTZIGE AG ⁴⁾.

E Sonstige öffentliche Ziele

Aus der Vielfalt der sonstigen, am öffentlichen Interesse orientierten Einsatzziele, die der Staat mit Hilfe eigener bzw. von ihm beeinflusster Aktiengesellschaften verfolgt bzw. verfolgt hat, seien noch die folgenden genannt:

1) Vgl. Hoppenstedt, Beteiligungen in Schaubildern Ö 45.

2) Beteiligungen des Bundes 1970, Anhang zum Finanzbericht 1972, S. 159, Anmerkung.

3) Beteiligungen des Bundes 1970, S. 268.

4) Hoppenstedt, Beteiligungen in Schaubildern "Berlin" Ö 45.

Der Staat gründet Aktiengesellschaften, um einen plötzlich entstandenen, von der Privatwirtschaft nicht zu befriedigenden Eigenbedarf zu decken. So war der sprunghaft gestiegene Bedarf der Rüstungswirtschaft an Aluminium und Stickstoff im 1. Weltkrieg der Anlaß für die Gründung der VEREINIGTEN ALUMINIUM WERKE AG und der SÜDDEUTSCHEN KALKSTICKSTOFF-WERKE AG ¹⁾, beides Tochtergesellschaften der VIAG.

Die WIRTSCHAFTLICHE VEREINIGUNG DEUTSCHER GASWERKE AG wurde von Gemeinden gegründet, um die bei den städtischen Gaswerken entstandenen Abfallprodukte unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwerten ²⁾. Auf Initiative des Deutschen Städtetages wurde eine WIRTSCHAFTSBERATUNGS-AG geschaffen, deren Zweck die Revision gemeindlicher Wirtschaftsbetriebe ist ³⁾.

Nicht zuletzt dient die Aktiengesellschaft der öffentlichen Hand auch als Träger für ihre kulturellen und sonstigen öffentlichen Einrichtungen. So werden z. B. der Kölner Zoo ⁴⁾ und die Hamburger Staatsoper in Form einer Aktiengesellschaft betrieben ⁵⁾.

F Gewinnerzielung - Erwerbswirtschaftliche Betätigung

Die Mehrzahl der in privater Rechtsform betriebenen Unternehmen der öffentlichen Hand verfolgt ausschließlich oder doch zumindest neben den bisher aufgeführten öffentlichen Zwecken auch erwerbswirtschaftliche Ziele, d. h. sie streben die Erwirtschaftung

1) Vgl. Rüfner, Formen, S. 179 mit weiteren Hinweisen. Beide Unternehmen sind auch heute noch die größten Produzenten in ihrem Bereich; vgl. dazu Beteiligungen des Bundes 1970, S. 79 und S. 82.

2) Vgl. dazu Pohle, VerwArch 53 (1962), S. 206.

3) Pohle, a.a.O. S. 207.

4) Vgl. Hoppenstedt, Beteiligungen, Stadt Köln.

5) Vgl. "Die öffentlichen Unternehmen in der Bundesrepublik", S. 96. Weitere Beispiele für den Einsatz öffentlicher Unternehmen gibt Schmölder, in: Archiv für öffentliche und freie Unternehmen Bd. 2, Heft 3, S. 204 ff.

eines Gewinnes an, wozu die Bundesunternehmen ausdrücklich angehalten sind ¹⁾. Aufgrund der Entwicklung des modernen Staates zum Steuerstaat, der seine Einnahmen zwangsweise von seinen Bürgern erhebt ²⁾, haben die durch staatliche Unternehmen erzielten Gewinne für die Ausgabenwirtschaft des Staates an Bedeutung verloren. Während die öffentlichen Unternehmen bis zum Ersten Weltkrieg und zum Teil noch in der Weimarer Zeit so erhebliche Überschüsse erbrachten, daß Staat und Gemeinden rund ein Drittel ihrer Ausgaben damit decken konnten ³⁾, kommt ihnen heute keine große finanzpolitische Bedeutung mehr zu. Die öffentlichen Unternehmen werden dem Bund zwar für das Jahr 1973 eine Dividendeneinnahme von 88,94 Mill. DM bringen, an der z. B. die VEBA mit 46,47 Mill. DM und die VIAG mit 27,25 Mill. DM beteiligt sein wird ⁴⁾, gemessen an dem Gesamthaushalt des Bundes für das Jahr 1973 mit einem Volumen von 120,27 Milliarden DM ⁵⁾ ist dies jedoch ein geringfügiger Betrag.

Eine finanzwirtschaftliche Bedeutung erhalten die Erwerbsunternehmen der öffentlichen Hand allenfalls dann, wenn man ihre Überschüsse den im öffentlichen Interesse hinzunehmenden Verlusten der staatlichen Dienstleistungsunternehmen, z. B. der Bundesbahn oder der kommunalen Nahverkehrsunternehmen gegenüberstellt, so daß bei einer Gesamtrechnung der wirtschaftlichen Ergebnisse aller öffentlichen Unternehmen die Verluste und damit die finanziellen Belastungen für die öffentlichen Haushalte begrenzt bleiben.

Eine gewinnorientierte Unternehmenspolitik ist überall dort geboten, wo Unternehmen im konkreten Fall gerade nicht im öf-

1) Beteiligungen des Bundes 1970, Vorwort, S. 9.

2) Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 137; Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 71.

3) Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 106.

4) Vgl. Beteiligungen des Bundes 1971, S. 9, Vorwort.

5) Bundeshaushaltsgesetz 1973 (BGBl. I S. 733).

fentlichen Interesse eingesetzt, sondern für einen möglichen Einsatz, z. B. zur Konjunktursteuerung, bereitgehalten werden ¹⁾. Auch dort, wo die öffentliche Hand sich aus sozialpolitischen Motiven zur Sanierung an einem Unternehmen beteiligt, muß gewinnorientiert gehandelt werden. Ein Sanierungserfolg, der das Unternehmen in die Lage versetzen soll, sich aus eigener Kraft auf Dauer auf dem Markt zu behaupten, wird nur unter Beachtung des erwerbswirtschaftlichen Prinzips erreichbar sein. Gewinnorientiertes Handeln ist letztlich auch für alle Unternehmen der öffentlichen Hand angebracht, deren vorrangiger Zweck darin besteht, eine wirtschaftspolitisch gewünschte und wettbewerbsfördernde staatliche Präsenz ²⁾ in einzelnen Machtbereichen zu verwirklichen. Wie stark die Marktstellung der staatlichen Unternehmen im Einzelfall sein kann, zeigt z. B. der Anteil der Bundesunternehmen an der Eisenerzeugung in der Bundesrepublik (70,7 %) oder bei der Hüttenaluminiumproduktion (70,9 %) ³⁾.

Eine Mißachtung des erwerbswirtschaftlichen Prinzips bringt nicht nur nachteilige finanzielle Folgen für den Bundeshaushalt mit sich, sondern kann auch politische und rechtliche Konsequenzen auslösen. So hat z. B. eine eingehende Untersuchung ⁴⁾ des wirtschaftlichen Verhaltens der Bundesunternehmen den Bundesrechnungshof veranlaßt, erhebliche Kritik zu üben. In seinen "Bemerkungen zur Bundeshaushaltsrechnung 1970" ⁵⁾ wirft der Rechnungshof ein-

1) Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 96, bezeichnet solche Unternehmen ausdrücklich als "Bereitschafts- oder Vorratsunternehmen".

2) Vgl. hierzu die im Sten. Bericht der 30. Sitzung des 3. Deutschen Bundestages, S. 1647, wiedergegebene Forderung des Ministers Seeborn, der Bund müsse "auf jedem Strom mindestens eine Reederei" haben.

3) Vgl. Beteiligungen des Bundes 1970 S. 11; vgl. auch Klein, Teilnahme, S. 28 ff.

4) Nach § 54 HGrG kann in der Satzung von AGen mit staatlicher Mehrheitsbeteiligung bestimmt werden, daß die Rechnungshöfe die Gesellschaften überprüfen können; vgl. dazu im einzelnen noch unten § 5 C II.

5) Erläuternd wiedergegeben in der "Frankfurter Allgemeinen Zeitung" vom 29. 11. 1972 S. 19.

zelnen Bundesunternehmen Fehlinvestitionen und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Finanzen eine mangelhafte Aufsicht über die Bundesunternehmen sowie die Beibehaltung von Bundesbeteiligungen trotz laufender Verlustausweise vor. Vom Ministerium wäre zu erwarten gewesen, so meint der Bundesrechnungshof, daß es die auf seine Veranlassung in den Aufsichtsrat gewählten Beamten veranlaßt hätte, von der Geschäftsleitung die Beseitigung von festgestellten Mängeln zu verlangen. Der Bundesrechnungshof hält ferner eine Prüfung darüber für angebracht, ob die Mitglieder der Geschäftsleitung und des Aufsichtsrates zum Ausgleich des durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens herangezogen werden können ¹⁾.

G Erledigung, Änderung und Kombination der Ziele

Eine Darstellung der verschiedenen von der öffentlichen Hand mit ihrer Beteiligung an einer AG angestrebten Ziele hat abschließend zu berücksichtigen, daß die jeweilige Zielsetzung nicht immer klar zu erkennen ist ²⁾. Das hat verschiedene Ursachen. Einmal wird das Beteiligungsmotiv des staatlichen Aktionärs in der Regel nicht ausdrücklich erklärt. Zum anderen können sich ursprüngliche Beteiligungsmotive erledigen, so z. B. nach Erreichen der mit einer Beteiligung bezweckten Sanierung des Unternehmens oder der gewünschten Verbesserung der regionalen Struktur. Auch ist es denkbar, daß ein Beteiligungsgrund durch einen anderen abgelöst wird, wenn z. B. aus einem Rüstungsunternehmen ein Erwerbsunternehmen wird ³⁾.

1) Mit der Forderung nach der Erteilung von Weisungen an beamtete Aufsichtsratsmitglieder und ihrer Haftung berührt der Bundesrechnungshof zwei umstrittene rechtliche Probleme, auf die später noch zurückzukommen ist.

2) Vgl. Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 98.

3) Vgl. hierzu Torz, DÖV 1958, S. 206; zur unterschiedlichen Intensität und zum möglichen Wandel der öffentlichen Beteiligungszwecke vgl. jetzt auch Beteiligungen des Bundes 1971, Anhang zum Finanzbericht 1973, - Vorwort, S. 1.

Besonders häufig ist die Kombination bzw. Überlagerung mehrerer der genannten Beteiligungsmotive festzustellen. Ein Energieversorgungsunternehmen dient zugleich als Instrument der Siedlungspolitik ¹⁾, ein Erwerbsunternehmen wird zeitweilig zur Preispolitik eingesetzt oder ein Unternehmen der Verkehrsversorgung soll zugleich Gewinne erwirtschaften.

Für den Fall der Verknüpfung mehrerer staatlicher Beteiligungsziele lassen sich häufig auch Dringlichkeitsstufen in Form von "primären" und "sekundären" Zwecken feststellen ²⁾, wie es bei den "gewinnmitnehmenden" Unternehmen ³⁾ der Fall ist, bei denen die Leistung an die Bevölkerung im Vordergrund steht, der Staat aber nebenbei auch noch einen Gewinn "mitnimmt".

Bei erheblichem Übergewicht eines öffentlichen "Primärzwecks" zum erwerbswirtschaftlichen "Sekundärzweck" kann das erwerbswirtschaftliche Prinzip auch vom Zweck zu einem bloßen Mittel zum Zweck umschlagen. Dies wird man dort annehmen müssen, wo der Staat zu der Auffassung gelangt ist, daß eine Führung des Unternehmens nach wirtschaftlichen und kaufmännischen Gesichtspunkten am besten die Erfüllung des eigentlichen öffentlichen Zwecks gewährleistet ⁴⁾. Der Wandel der an der Gewinnerzielung orientierten Handlungsweise vom Zweck zur Methode dürfte auch für solche Wettbewerbsunternehmen gelten, die der Auflockerung eines verfestigten Marktes dienen sollen. Die nur nach den Grundsätzen des Wettbewerbs auf Dauer mögliche Teilnahme am Markt wird vom teilnehmenden Staat zu einem Mittel

1) Schmidt DÖW 1958, Heft 1, S. 2 ff.

2) Ipsen NJW 1963, S. 206.

3) Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 110.

4) Vgl. dazu Püttner, a.a.O. S. 49, sowie Rüfner, Formen, S. 254, der auf die Vorteile einer solchen Unternehmensführung hinweist: selbständige Haushaltsführung, freiere Personalpolitik, bessere Bezahlung der Führungskräfte etc.

zur Öffnung des Marktes und zur Neubelebung des Wettbewerbs. Die Absicht, Gewinn für den Staatshaushalt zu erzielen, tritt dabei in den Hintergrund.

Die dargestellte Verschiedenartigkeit der Motive für eine staatliche Kapitalbeteiligung, die Schwierigkeit, sie zu erkennen, ihr möglicher Wandel oder die Kombination verschiedener Motive gleichwertig nebeneinander oder in verschiedener Rangstufe sowie die Möglichkeit eines Wandels des Beteiligungsmotivs vom Zweck zum Mittel zum Zweck macht hinreichend deutlich, welche Schwierigkeiten sich ergeben werden, wenn es für die rechtliche Beurteilung einer öffentlichen Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften auf die jeweiligen Beteiligungs- und Handlungsmotive des staatlichen Aktionärs ankommen sollte.

2. Kapitel

DIE STAATLICHE EINFLUSSNAHME AUF AKTIENGESSELLSCHAFTEN

Die Erreichbarkeit eines der aufgeführten, vom Staat mit seiner Beteiligung an Aktiengesellschaften verfolgten Zwecke hängt in erster Linie davon ab, inwieweit der Staat das Verhalten der jeweiligen Aktiengesellschaft in seinem Sinne beeinflussen kann. Von Bedeutung sind dabei in erster Linie die Einflußmöglichkeiten, über die der staatliche Aktionär aufgrund des Aktienrechts verfügt.

§ 3 Die staatliche Einflußnahme auf Aktiengesellschaften nach dem Aktiengesetz

A Einflußnahme durch die Gesellschaftsorgane

Bei der Aktiengesellschaft als einer Kapitalgesellschaft fallen, anders als bei der Personengesellschaft, Unternehmensbesitz und Unternehmensleitung rechtlich und tatsächlich auseinander. Der Staat ist daher als Anteilseigner zunächst darauf angewiesen, seinen Einfluß wie jeder andere private Aktionär über das beteiligte Kapital und den damit aktienrechtlich verbundenen Befugnissen auszuüben. Einem Wesensmerkmal aller juristischen Personen entsprechend erfolgt ihr Handeln durch und ihre Willensbildung in entsprechend dafür vorgesehenen Organen. Will der Staat als Aktionär das Handeln der betroffenen AG in seinem Sinne beeinflussen, so muß er daher versuchen, Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand als die Organe der AG in ihrem Verhalten auf das jeweils verfolgte staatliche Ziel auszurichten.

I Hauptversammlung

Der staatliche Aktionär kann mit dem seinem Kapitalanteil ent-

sprechenden Stimmrecht (§§ 118 Abs. 1, 134 AktG) versuchen, die Beschlüsse der Hauptversammlung zu beeinflussen und damit die Kompetenzen dieses Organes in seinem Sinne auszunutzen.

Diese Kompetenzen sind im wesentlichen in den §§ 119, 120 AktG niedergelegt. Sie sehen u. a. vor, daß die Hauptversammlung die von den Kapitaleignern zu stellenden Mitglieder des Aufsichtsrates zu wählen hat, daß sie über die Verwendung des Bilanzgewinns befinden muß und daß ihr die Änderungen der Satzung vorbehalten sind. Über Fragen der Geschäftsführung kann sie dagegen nur entscheiden, wenn es der Vorstand verlangt (§ 119 Abs. 2). Dieser relativ bescheidene Kompetenzkatalog bestätigt die bereits im Aktiengesetz von 1937 vollzogene "Entmachtung" der Hauptversammlung zugunsten des Vorstandes und des Aufsichtsrates¹⁾. Eine Beeinflussung der AG im Sinne der Erfüllung bestimmter öffentlicher Ziele ist daher dem staatlichen Aktionär durch die Hauptversammlung praktisch nur über die Personalentscheidung möglich. Die öffentliche Hand macht als Aktionär bei der Wahl der von den Kapitaleignern nach § 96 AktG zu stellenden Mitglieder des Aufsichtsrates bei entsprechenden Mehrheitsverhältnissen in der Hauptversammlung regelmäßig sehr deutlich von der Möglichkeit Gebrauch, einen öffentlichen Einfluß personell im Unternehmen zu verankern. Die Aktiengesellschaften mit öffentlicher Kapitalbeteiligung sind vielfach über ihre gewählten Aufsichtsratsmitglieder auf das engste mit der beteiligten öffentlichen Hand personell verbunden²⁾. Begrenzt wird diese Möglichkeit nach dem Aktiengesetz durch die Mitbestimmungsregelungen des Betriebsverfassungsgesetzes und der Mitbestimmungsgesetze, die eine Drittel-

1) Vgl. Lang, Einfluß, S. 184.

2) Vgl. z. B. die Zusammensetzung des Aufsichtsrates der BERLINER KRAFT- UND LICHT (BEWAG) -AG. Mitglied des Aufsichtsrats sind u. a.: der Regierende Bürgermeister Klaus Schütz als Vorsitzender, Otto Theuner, Bürgermeister von Berlin a. D., Franz Amrehn, Bürgermeister von Berlin a. D., Dr. Karl König, Senator für Wirtschaft, Heinz Striek, Senator für Finanzen, Dr. Detlev Rohwedder, Staatssekretär
Forts. s. S. 26.

bzw. eine paritätische Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vorsehen ¹⁾).

Dort, wo die genannten Mitbestimmungsregelungen zur Anwendung kommen, ist es der öffentlichen Hand somit selbst bei 100 %iger Kapitalbeteiligung an einer AG nicht möglich, durch einen entsprechenden Hauptversammlungsbeschluß nur solche Vertreter in den Aufsichtsrat zu bekommen, bei denen der staatliche Aktionär eine weitgehende Gewähr dafür hat, daß sie sich bei ihrer Betätigung in der Gesellschaft von dem jeweiligen staatlichen Interesse leiten lassen ²⁾.

Neben der Wahl des Aufsichtsrats ist eine Einflußnahme des staatlichen Aktionärs in der Hauptversammlung noch bei der vorzeitigen Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 103 AktG und der Entlastung von Aufsichtsrat und Vorstand nach § 120 AktG möglich.

2) Forts. von S. 25:

im Bundesministerium für Wirtschaft und Finanzen. Vorstandsmitglied ist u. a. Alexander Voelker, bis vor kurzem Fraktionsvorsitzender der SPD-Fraktion im Berliner Abgeordnetenhaus. Zur Besetzung des Aufsichtsrats vgl. den Geschäftsbericht 1971/72 der BEWAG, S. 7 f. Der Aufsichtsrat der VIAG umfaßt 21 Mitglieder, dazu gehören: Dr. Vogel, Staatssekretär a. D., Dr. Heinke, Minister, Hannover, Dr. Lamby, Ministerialdirektor, Bonn; Dr. Schedl, stellvertr. Ministerpräsident, München; Dr. Schöllhorn, Staatssekretär, Bonn; Wertz, Minister, Düsseldorf; Dr. Westrich, Bundesminister a. D., Bonn; nach: Beteiligungen des Bundes 1970, Anhang zum Finanzbericht 1972.

1) Vgl. § 76 Abs. 1 BetrVG 1952 i. d. Fassung des Betriebsverfassungsgesetzes 1971 sowie § 2 des Mitbestimmungsgesetzes.

2) Dies ist auch das Hauptbedenken gegen eine Einführung der Mitbestimmungsregelungen in den nicht als Aktiengesellschaften geführten kommunalen Regiebetrieben. Vgl. dazu Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, sowie Püttner, Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen.

II Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat einer AG hat vor allem die Aufgabe, den Vorstand zu bestellen bzw. abzuberufen (§ 84 Abs. 1 und 3 AktG) und die Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen (§ 111 AktG). Zur Durchführung dieser Überwachungspflicht stehen ihm umfangreiche Auskunfts- und Einsichtsrechte zu. Nach § 111 Abs. 4 AktG ist der Aufsichtsrat dagegen ausdrücklich von Maßnahmen der Geschäftsführung ausgeschlossen, wobei allerdings die Satzung oder der Aufsichtsrat durch Beschluß bestimmen können, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Von dieser Möglichkeit, die Geschäftsführung des Vorstandes im Einzelfall an die Zustimmung des Aufsichtsrates zu binden, machen die staatlichen Aktionäre, dort wo es die Mehrheitsverhältnisse erlauben, regelmäßig Gebrauch ¹⁾.

Der nach dem Aktiengesetz grundsätzliche Ausschluß des Aufsichtsrates von der Geschäftsführung wird neben der genannten Festlegung von Zustimmungserfordernissen auch in solchen Unternehmen praktisch stark abgeschwächt, in denen die öffentliche Hand aufgrund einer starken Aktionärsstellung weitgehend die Personalentscheidungen fällt. Jedes letztlich durch den Einfluß des staatlichen Aktionärs gewählte Aufsichtsratsmitglied eines Gesellschaftsorgans wird sich, schon im Hinblick auf eine gewollte Wiederwahl, weitgehend an dem jeweiligen staatlichen Beteiligungsinteresse orientieren. Diese indirekte Einflußnahme auf das Verhalten der AG durch die Personalentscheidungen wird einen staatlichen Aktionär, der das Handeln des Unternehmens in seinem Sinne und entsprechend seiner besonderen Ziele nachhaltig beeinflussen will, allerdings nicht befriedigen. Er wird sich nicht mit dem hohen

1) Vgl. dazu beispielsweise § 13 der Satzung der HANNOVERSCHEN VERKEHRSBETRIEBE (ÜSTRA) AG, § 11 der Satzung der BEWAG und § 11 III der Satzung der GEWOBAG.

Wahrscheinlichkeitsgrad einer erfolgreichen personellen Einflußnahme begnügen, sondern nach der Möglichkeit einer die Aufsichtsratsmitglieder rechtlich bindenden Einflußnahme trachten. Einem solchen Trachten kommt das Aktiengesetz allerdings nicht entgegen. Es gewährt den Mitgliedern des Aufsichtsrats vielmehr eine rechtlich weitgehend unabhängige Stellung von der Hauptversammlung und den sie wählenden Aktionären.

Besonders unterstrichen wird diese unabhängige Stellung durch die nach dem Aktienrecht bestehende Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder. Nach übereinstimmender Ansicht im aktienrechtlichen Schrifttum ¹⁾ und nach der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung ²⁾ sind die Mitglieder des Aufsichtsrats weder an Weisungen der Aktionäre noch an Weisungen außenstehender Dritter gebunden. Zur Begründung hierfür wird darauf verwiesen, daß durch die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder kein Auftragsverhältnis zwischen dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung entsteht ³⁾, sondern vielmehr ein besonderes Treueverhältnis zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern und der Gesellschaft insgesamt begründet wird ⁴⁾.

Im Aktiengesetz kommt dieses, die Weisungsgebundenheit ausschließendes Treueverhältnis der Aufsichtsratsmitglieder in § 116 i. V. mit § 93 zum Ausdruck, wonach die Aufsichtsratsmitglieder die gleiche Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit wie die Vorstandsmitglieder trifft. Sie haben als ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Nachteile abzuwenden ⁵⁾ sowie den Belangen der Gesellschaft

1) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 107 Anm. 19, sowie Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 78 ff.

2) Vgl. BGHZ 36 S. 296 (306 ff.).

3) So schon das Reichsoberhandelsgericht in seinem Urteil vom 23. 11. 1875, ROHG 19, S. 178 f.

4) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 107 Anm. 19; so auch schon von Schwarzkoppen, RuPrVBl 50 (1929), S. 187.

5) Vgl. Baumbach-Hueck, Erl. 6 zu § 93 AktG.

den Vorzug vor denen der sie Bestimmenden zu geben ¹⁾. Bewehrt wird dieses aktienrechtliche Treueverhältnis durch die vom Aktiengesetz vorgesehenen Schadensersatzverpflichtungen. Nach § 93 Abs. 2 AktG bzw. § 116 i. V. mit § 93 Abs. 2 AktG sind die Mitglieder der Gesellschaftsorgane der AG gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie ihre gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen verletzen. Darüber hinaus kann, wer als außenstehender Dritter unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft Organmitglieder dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, nach § 117 Abs. 1 AktG von der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens herangezogen werden.

Wegen der vom Aktiengesetz ausgeschlossenen Weisungsgebundenheit ist es dem staatlichen Aktionär auf der Basis dieses Gesetzes somit nicht möglich, die personelle Einflußnahme auf das Unternehmen rechtlich verbindlich zu gestalten. Die Einflußnahme des Staates wird ferner dadurch begrenzt, daß er auch bei erfolgreicher indirekter Einflußnahme über die Personalentscheidungen bei der Durchsetzung seiner besonderen Interessen nicht so weit gehen darf, daß der Gesellschaft ein Schaden entsteht.

Die Frage der Weisungsgebundenheit von Aufsichtsratsmitgliedern in staatlichen Beteiligungsgesellschaften ist trotz der aufgezeigten eindeutigen aktienrechtlichen Stellungnahme zu diesem Problem mehrmals Gegenstand politischer Kontroversen gewesen. So wurde z. B. in den Debatten des Deutschen Bundestages über die Bundesunternehmen in den Jahren 1955/56 u. a. die Haltung der Staatssekretäre Prof. Öftering und Rust, die sich als Aufsichtsratsmitglieder der VOLKSWAGENWERKE AG nicht an Weisungen der Bundesregierung gebunden fühlten, erörtert ²⁾. Der damalige

1) Vgl. BGHZ 36 S. 296 (306).

2) Vgl. den Sten. Bericht des Bundestages II/182. Sitzung, S. 10117 ff.

Bundesschatzminister Lindrath erklärte am 12. 6. 1958 im Bundestag auf eine große Anfrage der SPD ¹⁾, daß eine rechtlich begründete Einflußnahme der Bundesregierung auf bundeseigene Unternehmen nicht möglich sei und daß sie "nicht die Absicht habe, die privatrechtlichen Einflußmöglichkeiten der Bundesregierung auf die Geschäftsführung der privatrechtlich betriebenen Unternehmen über die eines privaten Aktionärs auszuweiten" ²⁾.

Anderer Auffassung scheint dagegen jetzt der Bundesrechnungshof zu sein, wenn er in den bereits erwähnten ³⁾ "Bemerkungen zur Bundeshaushaltsrechnung 1970" meint, daß vom Bundeswirtschafts- und Finanzministerium zu erwarten gewesen wäre, daß es die auf seine Veranlassung in den Aufsichtsrat gewählten Beamten veranlaßt hätte, von der Geschäftsführung die Beseitigung von festgestellten Mängeln zu verlangen.

Der dem Aktienrecht entgegenstehende Wunsch, die Selbständigkeit des Unternehmens zugunsten einer mit öffentlichen Interessen motivierten Weisungsgebundenheit der vom Staat gestellten Aufsichtsratsmitglieder einzuschränken, hat nicht nur in die politische, sondern auch in die öffentlich-rechtliche Diskussion Eingang gefunden. Ausgehend von der Anerkennung der Weisungsfreiheit nach dem Aktienrecht wird im öffentlich-rechtlichen Schrifttum die Frage erörtert, ob eine Weisungsabhängigkeit durch eine öffentlich-rechtliche Modifikation der aktienrechtlichen Vorschriften möglich ist ⁴⁾. Darauf wird später noch einzugehen sein ⁵⁾. Hier genügt vorerst die Feststellung, daß jedenfalls nach dem Aktienrecht die öffentliche Hand als Aktionär sich damit begnügen muß, den von ihr gewünschten Einfluß auf das Handeln des Aufsichtsrats

1) Bundestagsdrucksache III Nr. 335.

2) Abgedruckt in Sten. Bericht des Bundestages III. 30. Sitzung S. 1637.

2) Vgl. oben § 2 F.

4) Vgl. vor allem Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 209 ff. mit weiteren Hinweisen.

5) Vgl. unten § 5 A.

nur in indirekter Form über die Personalentscheidung geltend zu machen. Sie hat nach dem Aktiengesetz keine Möglichkeit, die Mitglieder direkt und rechtlich verbindlich im Sinne einer bestimmten Zielsetzung zu beeinflussen.

III Vorstand

Dem Vorstand obliegt nach § 76 Abs. 1 AktG grundsätzlich die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft. Von diesem Grundsatz wird nur bei den Arten von Geschäften eine Ausnahme gemacht, die nach § 111 Abs. 4 AktG aufgrund der Satzung oder eines Aufsichtsratsbeschlusses an die Zustimmung des Aufsichtsrates gebunden sind. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so kann der Vorstand die Hauptversammlung anrufen, die dann abschließend mit einer Dreiviertelmehrheit entscheiden muß.

Die vom Aktiengesetz gewollte starke und unabhängige Stellung des Vorstandes ¹⁾ erlaubt keine direkte Einflußnahme eines staatlichen Aktionärs auf das Verhalten der Vorstandsmitglieder in rechtlich verbindlicher Form. Die Beeinflussung des Vorstandes mit dem Ziel, ihn zur Beachtung eines bestimmten staatlichen Beteiligungsinteresses zu veranlassen, kann - genau wie beim Aufsichtsrat - nur indirekt über die Personalentscheidung erfolgen. Der beteiligte staatliche Aktionär, der ein bestimmtes öffentliches Interesse mit Hilfe der Gesellschaft verfolgen will, muß daher darum bemüht sein, bei der vom Aufsichtsrat nach § 84 AktG vorzunehmenden Bestellung der Vorstandsmitglieder solche Personen in die Vorstandsämter zu bekommen, von denen er annehmen kann, daß sie sich seinem öffentlichen Beteiligungsinteresse nicht verschließen werden. Aber auch hier ist zu beachten, daß einer solchen indirekten Einflußnahme auf die Geschäftsführung Grenzen gesetzt sind. Sowohl eine gesellschaftsschädigende Einflußnahme auf den

1) Bei der gleichen Regelung des Aktiengesetzes von 1937 sprach man vom "Führerprinzip", vgl. Zeiss, DÖW 1958 Heft 4 S. 2 ff.

Vorstand (§ 117 AktG) als auch eine gesellschaftsschädigende Pflichtverletzung durch den Vorstand selbst begründen eine Schadenersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft. Eine Ausdehnung der indirekten Einflußmöglichkeiten unter Vermeidung einer solchen Schadenersatzpflicht wird nur dann möglich sein, wenn das verfolgte öffentliche Interesse und das "Wohl der Gesellschaft" identisch sind oder zumindest nicht miteinander kollidieren. Ob bzw. welche Möglichkeiten für den Staat bestehen, das "Gesellschaftswohl" und damit den Rahmen für eine unschädliche indirekte Einflußnahme zu bestimmen, wird später noch zu untersuchen sein ¹⁾. Für die Beeinflussung der Geschäftsführung des Vorstandes im Einzelfall kann hier jedoch schon festgehalten werden, daß diese unabhängig von dem jeweiligen "Wohl der Gesellschaft" nur indirekt über die Personalentscheidung möglich ist.

Zusammenfassend läßt sich somit für Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand sagen, daß der Staat als Aktionär nach dem Aktiengesetz zwar Möglichkeiten hat, auf die laufende Geschäftsführung einer AG Einfluß zu nehmen. Diese Einflußnahme kann jedoch nur indirekt über die Personalentscheidung und nicht rechtlich verbindlich erfolgen.

B Einflußerweiterung durch aktienrechtliche Sonderrechte des staatlichen Aktionärs

Die im Normalfall auf eine indirekte und rechtlich nicht verbindliche Form begrenzte Einflußmöglichkeit auf das Verhalten der AG wird in gewissem Umfang durch die aktienrechtlichen Sonderrechte für Kapitalbeteiligungen der öffentlichen Hand erweitert.

1) Siehe unten § 3 C II 4.

I Mehrstimmrechtsaktien

§ 12 Abs. 1 AktG stellt den Grundsatz auf, daß jede Aktie stimmbererechtigt ist und sich somit wegen der von § 134 AktG vorgeschriebenen grundsätzlichen Abstimmung nach Aktiennennbeträgen der Einfluß der Aktionäre auf die Gesellschaft nach der Größe ihrer Kapitalbeteiligung bestimmt ¹⁾. Von diesem Grundsatz macht § 12 Abs. 2 AktG eine Ausnahme. Danach kann die für die Wirtschaft zuständige oberste Behörde des Landes, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, die Vergabe von sog. Mehrstimmrechtsaktien zu-lassen, "soweit es zur Wahrung überwiegender gesamtwirtschaftlicher Belange erforderlich ist".

Durch die Mehrstimmrechtsaktie erhält ihr jeweiliger Inhaber je nach Ausgestaltung der Aktie ein vergrößertes Stimmgewicht im Verhältnis zu den übrigen Aktionären ²⁾. Die Mehrstimmrechtsaktie als Mittel der Herrschaftssicherung war rechtspolitisch sehr umstritten und wurde erst nach längeren Beratungen im Rechts- und Wirtschaftsausschuß des Bundestages in das Aktiengesetz von 1965 in einer vom ursprünglichen Recht abweichenden Form übernommen. Bestimmend für das Zulassen der Mehrstimmrechtsaktie war für den Gesetzgeber letztlich das Interesse der öffentlichen Hand an einer Sicherung ihres Einflusses in den Versorgungsunternehmen ³⁾. Hier haben sie in der Praxis auch ihre bisher größte Bedeutung gefunden ⁴⁾.

Durch die Mehrstimmrechtsaktie wird die Stellung des sie besitzenden Aktionärs in der Hauptversammlung verbessert. Er kann dadurch in größerem Umfang die Kompetenzausübung der Hauptversammlung in seinem Sinne beeinflussen. Hierdurch wird jedoch nur der Einfluß des betreffenden Aktionärs im Vergleich zu den

1) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 12 Anm. 4.

2) Vgl. Baumbach-Hueck, § 12 Erl. 3.

3) Godin-Wilhelmi, § 12 Anm. 1.

4) Siehe S. 34.

übrigen Stimmen anderer Aktionäre vergrößert, d. h. der Aktionär erhält mehr Einfluß bei weniger Kapitaleinsatz. Die rechtliche Stellung von Aufsichtsrat und Vorstand wird dadurch jedoch nicht berührt. Der staatliche Aktionär, der über Mehrstimmrechten verfügt, erhält dadurch einen größeren Einfluß bei der indirekten Beeinflussung der Unternehmenspolitik über die Personalentscheidung. Grundsätzlich bleibt es aber bei der aktienrechtlichen Weisungsungebundenheit des Aufsichtsrats und der alleinigen Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes.

II Entsendungsrecht

Nach § 101 Abs. 2 AktG kann durch die Satzung für bestimmte Aktionäre oder für die jeweiligen Inhaber bestimmter Aktien ein besonderes Entsendungsrecht begründet werden. Danach kann für bis zu einem Drittel der sich aus dem Gesetz oder der Satzung ergebenden Zahl der Aufsichtsratsmitglieder bestimmt werden, daß diese nicht wie im Normalfall von der Hauptversammlung gewählt, sondern direkt von den Berechtigten in den Aufsichtsrat entsandt werden.

Durch das bereits vom Aktiengesetz 1937 eingeführten Entsendungsrecht soll besonders dem Interesse der öffentlichen Hand Rechnung getragen werden, ihren Einfluß in den gemischt- und gemeinwirtschaftlichen Unternehmen zu sichern ¹⁾. Besondere Bedeutung hat das Entsendungsrecht für die öffentliche Hand bei den

4) von S. 33:

So sind z. B. die Namensaktien der RHEINISCH-WESTFÄLISCHEN-ELEKTRIZITÄTWERKE AG (RWE) mit 20-fachem Stimmrecht ausgestattet und befinden sich im Besitz von 23 Städten, 44 Landkreisen und 2 Landschaftsverbänden. Zusammen mit den in Kommunalbesitz befindlichen Stammaktien ergibt sich dadurch eine Stimmenmehrheit der kommunalen Anteilseigner von rund 70 %. Nach Eckstein, Wirtschaftliche Betätigung, S. 46.

1) Vgl. Baumbach-Hueck, § 101 Rdnr. 8, mit Hinweis auf die Begründung zu § 88 AktG 1937.

Aktiengesellschaften, an denen sie bisher überhaupt nicht bzw. nicht in entscheidendem Maße beteiligt ist, an deren Betätigung in einem bestimmten Sinne sie aber ein besonderes öffentliches Interesse hat. Kann oder will die öffentliche Hand sich z. B. aus finanziellen Gründen nicht an einem Unternehmen soweit beteiligen, daß sie allein schon über ihren Einfluß in der Hauptversammlung die Zusammensetzung des Aufsichtsrats beeinflussen kann, so kann sie versuchen, darauf hinzuwirken, daß ihr in diesem Unternehmen ein Entsendungsrecht eingeräumt wird. Dies wird ihr in der Regel allerdings nur bei solchen Gesellschaften gelingen, die auch sonst bei ihrer Tätigkeit in größerem Umfang auf eine Zusammenarbeit mit der jeweiligen staatlichen Stelle angewiesen sind. Besonders häufig findet man ein solches Entsendungsrecht daher auch bei den Aktiengesellschaften, die im Bereich der kommunalen Verkehrs- und Energieversorgung tätig sind ¹⁾. Die Möglichkeit, über das Entsendungsrecht einen gewissen Einfluß auf die Gesellschaft oder doch zumindest eine interne Informationsquelle über die Gesellschaft zu erhalten, setzt zwar nach § 101 Abs. 2 AktG voraus, daß der Entsendungsberechtigte Anteile an der Gesellschaft besitzt; ein größeres finanzielles Engagement ist dafür aber nicht erforderlich, da bereits der Besitzer einer Aktie für die Begründung des Entsendungsrechts ausreicht.

Die Bedeutung des Entsendungsrechts für den staatlichen Aktionär liegt somit - ähnlich wie bei den Mehrstimmrechtsaktien - darin, daß er den übrigen Aktionären gegenüber eine besondere Stellung und größeren Einfluß erlangt. Im Unterschied zum Mehrstimmrecht wirkt sich das Entsendungsrecht nicht auf die Machtverhältnisse in der Hauptversammlung und damit auf alle von diesem Gesellschaftsorgan zu fassenden Beschlüsse aus, sondern begründet eine besondere Einflußmöglichkeit nur im Aufsichtsrat der AG.

1) Vgl. § 10 Abs. 2 der Satzung der HAMBURGER ELECTRICITÄTswerke AG, wonach die Stadt Hamburg bis zu 4 Mitglieder in den Aufsichtsrat entsenden kann.

Die durch Mehrstimmrecht und Entsandungsrecht bewirkte Einflußerweiterung hat somit Einfluß auf die Ausübung der unterschiedlichen Kompetenzen der beiden Gesellschaftsorgane Aufsichtsrat und Hauptversammlung. Die Rechte und Pflichten der Gesellschaftsorgane bleiben dadurch jedoch unberührt. So haben die entsandten Mitglieder als Aufsichtsratsmitglieder genau dieselbe Stellung und Verantwortung wie die gewählten Mitglieder des Aufsichtsrates ¹⁾. Sie haben vor allem - zumindest nach dem Aktiengesetz - die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen und sind ebenfalls nicht an Weisungen des Entsandungsberechtigten gebunden ²⁾.

III Informationsrecht

Die vom Aktiengesetz ausdrücklich als "Sondervorschriften bei Beteiligung von Gebietskörperschaften" hervorgehobenen §§ 394 und 395 räumen dem staatlichen Aktionär eine weitere Sonderstellung ein, die indirekt geeignet ist, seine Stellung in der Gesellschaft zu verstärken. Indem § 394 AktG das auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählte oder entsandte Aufsichtsratsmitglied zu Zwecken der Berichterstattung an die Gebietskörperschaft von der grundsätzlichen Verschwiegenheitspflicht der §§ 116, 93 Abs. 1 AktG befreit, gewährt diese Vorschrift dem staatlichen Aktionär einen Informationsvorteil gegenüber den übrigen Aktionären ³⁾. Dieser Informationsvorteil wird auch nicht durch die ersatzweise von § 395 AktG begründete Verschwiegenheitspflicht derjenigen Personen ausgeschaltet, die die Beteiligungen der Gebietskörperschaften zu verwalten haben bzw. das Verhalten des staatlichen Aktionärs und der von ihm benannten Aufsichtsratsmitglieder prüfen sollen. Sind es doch gerade die mit der Verwaltung der Beteiligung beauftragten Personen, die den Einfluß des staatlichen Aktionärs ausüben und dadurch auf das Unternehmen im Sinne des staatlichen Beteiligungsinteresses einwirken werden.

1) Baumbach-Hueck, § 101 Rdnr. 13.

2) So ausdrücklich BGHZ 36, S. 306.

3) Vgl. dazu von Stebut, Geheimnisschutz, S. 127 ff.

C Einflußnahme auf die unternehmerische Zielsetzung

Die bisher festgestellten Möglichkeiten des staatlichen Aktionärs, die Tätigkeit einer AG in seinem Sinne und nach seinem Interesse zu beeinflussen, umfaßten im wesentlichen Maßnahmen zur Beeinflussung der Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane sowie der Ausübung ihrer durch Gesetz und Satzung vorgegebenen Kompetenzen. Diese Beeinflussung erwies sich als begrenzt durch die vom Aktiengesetz den Gesellschaftsorganen zugesprochene weitgehende Unabhängigkeit und ihrer Verpflichtung, sich bei ihrem Verhalten am "Interesse der Gesellschaft" zu orientieren.

Eine weitergehende Einflußnahme erscheint nach dem Aktienrecht somit nur dadurch denkbar, daß der staatliche Aktionär das die Gesellschaftsorgane leitende Gesellschaftsinteresse bestimmt, indem er auf die Definition der unternehmerischen Zielsetzung Einfluß nimmt. Je präziser die für die Gesellschaftsorgane verbindliche Unternehmenszielsetzung gefaßt ist, um so weniger ist es erforderlich, auf die Geschäftsführung der Gesellschaft oder die Willensbildung in ihren Organen im Einzelfall einzuwirken.

Die Definition der unternehmerischen Zielsetzung erfolgt nach dem Aktiengesetz durch Festlegung des Unternehmensgegenstandes und des Unternehmenszwecks. Definitionsinstrument ist dabei die Satzung.

I Bestimmung des Unternehmensgegenstandes

Nach § 23 Abs. 3 Ziff. 2 AktG muß jede Satzung einer AG Bestimmungen über den Gegenstand des Unternehmens enthalten. Durch den Unternehmensgegenstand wird der Tätigkeitsbereich der Gesellschaft festgelegt¹⁾. Er kann nach dem Aktiengesetz im Rah-

1) Würdinger, Konzernrecht, S. 282; vgl. auch Lang, Der Einfluß, S. 113.

men der sonstigen Gesetze beliebig gewählt werden ¹⁾. Für den staatlichen Aktionär bietet sich aufgrund des beliebig zu wählenden Unternehmensgegenstandes die Möglichkeit, durch von ihm beeinflusste Aktiengesellschaften in allen ihm bedeutsam erscheinenden Bereichen tätig zu werden. Durch die Fixierung des Unternehmensgegenstandes in der Satzung wird zugleich sichergestellt, daß die im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit in dem jeweils festgelegten Bereich von der Gesellschaft auch wirklich betrieben wird, ohne daß es von Seiten des staatlichen Aktionärs einer ständigen Einflußnahme auf die Willensbildung der Gesellschaftsorgane bedarf. Die autonome Willensbildung der Gesellschaftsorgane wird vielmehr begrenzt durch ihre organschaftliche Verpflichtung, einen vorgegebenen, durch den Unternehmensgegenstand und den Unternehmenszweck umschriebenen, gesellschaftlichen "Gesamtwillen" zu erfüllen.

Liegt das Interesse der beteiligten öffentlichen Hand gerade darin, daß die AG in einem bestimmten Bereich tätig wird, braucht sie nur auf eine entsprechende Gestaltung des Unternehmensgegenstandes hinzuwirken. Sie kann dadurch z. B. erreichen, daß sich die Tätigkeit des Unternehmens erstreckt auf:

- den Erwerb, den Bau und den Betrieb von Straßen- und Kleinbahnen sowie die Beförderung von Personen und Gütern mit Kraftfahrzeugen oder anderen Verkehrsmitteln ²⁾,
- die Errichtung und Bewirtschaftung von Kleinwohnungen im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen ³⁾

oder

1) Vgl. dazu Godin-Wilhelmi, § 3 Anm. 1, sowie Baumbach-Hueck, § 3 Rdnr. 2.
2) Vgl. § 2 II der Satzung der HANNOVERSCHEN VERKEHRSBETRIEBE (ÜSTRA) AG.
3) Vgl. § 2 der Satzung der GEMEINNÜTZIGEN WOHNUNGSBAU-AG GROSS-BERLIN (GEWOBA).

- den Luftverkehr im In- und Ausland und der Betrieb aller mit der Luftfahrt und ihrer Förderung zusammenhängenden Geschäfte und Einrichtungen ¹⁾.

Die nach § 23 Abs. 3 Ziff. 2 AktG notwendige satzungsrechtliche Festlegung des Unternehmensgegenstandes in einem dem Interesse des staatlichen Aktionärs entsprechenden Sinne kann entweder bereits in der Gründungssatzung oder muß durch eine spätere Satzungsänderung erfolgen. Im ersten Fall ist dazu das Einvernehmen aller Gründer erforderlich, da die Satzung als Gesellschaftsvertrag eine einvernehmliche Regelung der Gründer darstellt ²⁾. Die Änderung des Tätigkeitsbereiches einer bereits bestehenden AG kann dagegen schon durch satzungsändernden Beschluß der Hauptversammlung mit einer Dreiviertelmehrheit nach § 179 AktG erfolgen. Es ist also einfacher, den Unternehmensgegenstand nachträglich zu ändern, als ihn anfänglich zu bestimmen. Diese Erleichterung für die spätere Änderung der ursprünglich einvernehmlich bestimmten Satzung resultiert aus dem praktischen Erfordernis, die für das dauernde Fortbestehen einer AG erforderliche Flexibilität zu schaffen ³⁾. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist der durch den Gesellschaftsgegenstand umschriebene Tätigkeitsbereich einer AG zwar grundlegend für die Existenz einer AG, er ist nach Ansicht des Gesetzgebers aber regelmäßig nicht von so elementarer Bedeutung für die Gründer und späteren Aktionäre sowie für ihren Entschluß, sich an der AG zu beteiligen, als daß er nicht gegen den Willen der ein Viertel des Grundkapitals besitzenden Aktionäre geändert werden könnte. Wenn die Gesellschafter einer AG dem Gesellschaftsgegenstand abweichend von diesem Regelfall einen höheren Stellenwert zumessen, so können sie nach § 179 Abs. 2 AktG für seine Änderung in der Satzung eine höhere Kapitalmehrheit und auch das Erfordernis der Einstimmigkeit bestimmen.

1) Unternehmensgegenstand der DEUTSCHEN LUFTHANSA AG, Köln.

2) Vgl. dazu Godin-Wilhelmi, § 2 Anm. 2.

3) Vgl. Pleyer, Die Aktiengesellschaft, 1959, S. 8.

II Der Gesellschaftszweck

Außer durch den Gegenstand wird die Zielsetzung des Unternehmens bestimmt durch ihren Zweck. Unternehmensgegenstand und Unternehmenszweck sind regelmäßig eng miteinander verbunden und werden häufig sogar synonym gebracht ¹⁾. Trotzdem sind beide Begriffe auseinanderzuhalten ²⁾. Während der Gesellschaftszweck das Ziel der gesellschaftlichen Tätigkeit beschreibt, gibt der Gegenstand den Bereich an, in dem gehandelt werden soll, sowie die Art der Geschäfte, mit deren Hilfe der angestrebte Zweck erfüllt werden soll. Der Unternehmensgegenstand umschreibt somit das zur Zweckerfüllung gewählte Mittel ³⁾.

Dieses Zweck-Mittel-Verhältnis von Unternehmenszweck und Unternehmensgegenstand ist im Normalfall einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung von Privaten mit Hilfe einer AG relativ leicht zu erkennen. Private gründen eine AG in erster Linie, um Einkünfte zu erwirtschaften, und bestimmen demzufolge als Unternehmenszweck die Gewinnerzielung. Die Wahl des Unternehmensgegenstandes, die "Branche", die Art der Erzeugnisse und Waren ⁴⁾ spielt regelmäßig bei der unternehmerischen Entscheidung nur insofern eine Rolle, als es darauf ankommt, ob und inwieweit er geeignet ist, den gewinnorientierten Zweck des Unternehmens zu fördern. Nur in Ausnahmefällen wird bei rein privater Betätigung einer AG eine andere als erwerbswirtschaftliche Zielsetzung gegeben.

1) Vgl. dazu Lang, Der Einfluß, S. 113; z. B. beginnen Godin-Wilhelmi und Baumbach-Hueck ihre jeweiligen Erörterungen zu § 3 AktG, der den Gegenstand des Unternehmens behandelt, damit, daß eine AG zu jedem beliebigen Zweck gegründet werden kann.

2) Vgl. Würdinger, Konzernrecht, S. 282; Püttner, Kommunale Energieversorgung, S. 36 f., und Lang, Einfluß, S. 113, sowie Westermann, Festschrift für Schnorr v. Carolsfeld, S. 517 ff. mit weiteren Nachweisen.

3) Vgl. Fischer, Aktiengesellschaft, S. 89; vgl. auch Pleyer, Die AG 1959, S. 10 Fn. 16, mit weiteren Nachweisen.

4) Vgl. § 23 Abs. III Nr. 2 AktG.

Anders ist es jedoch häufig bei staatlich beeinflussten Aktiengesellschaften. Wie bereits oben ¹⁾ dargelegt wurde, ist der jeweilige Zweck einer staatlichen Beteiligung oft vom öffentlichen Interesse geprägt und vielfach im Laufe der Entwicklung Wandlungen unterworfen. Besonders dann, wenn das staatliche Interesse gerade darin besteht, daß das staatlich beeinflusste Unternehmen eine bestimmte Tätigkeit ausübt, in einem bestimmten Bereich tätig ist oder eine bestimmte Art von Erzeugnissen und Waren produziert, d. h. der Unternehmensgegenstand das ausschlaggebende Moment für den Staat ist, eine AG zu gründen oder sich an ihr zu beteiligen, scheinen Unternehmenszweck und Unternehmensgegenstand in einer Weise vermischt zu werden, daß an diesen Unterschied sinnvollerweise keine unterschiedlichen Rechtsfolgen mehr geknüpft werden können. Bei näherem Hinsehen ist dies jedoch nicht der Fall. Vermischt werden in dem genannten Beispiel nämlich nicht die Unterschiede zwischen Unternehmenszweck und Unternehmensgegenstand, sondern der Beteiligungszweck des Staates ist - abweichend vom Normalfall - in besonderem Maße darauf ausgerichtet, daß die AG einen bestimmten Unternehmensgegenstand hat.

Unternehmenszweck und Beteiligungszweck der Aktionäre sind rechtlich und tatsächlich auseinanderzuhalten. Der Beteiligungszweck umschreibt das Motiv der Aktionäre für die Gründung und die Beteiligung an einer AG. Dieser Zweck kann bei jedem Aktionär ein anderer sein, er kann sich im Laufe der Zeit verändern, er kann ausdrücklich erklärt oder auch stillschweigend verfolgt werden, ohne daß dies Auswirkungen auf die rechtlichen Verhältnisse in der AG oder der Aktionäre untereinander hätte.

Der Unternehmenszweck bestimmt dagegen die von den Gesellschaftern gemeinsam festgesetzte Zwecksetzung der AG, d. h. den "Willen" des Unternehmens, der zwar rechtlich und tatsäch-

1) § 2 G.

lich von den Aktionären abhängig ist, aber - einmal festgelegt - doch verselbständigt neben dem jeweiligen Willen der Aktionäre steht. Grundlage des Unternehmenszwecks ist eine gemeinsame Zwecksetzung aller Gesellschafter ¹⁾. Diese gemeinsame Zwecksetzung ist nicht die Summe der unterschiedlichen Beteiligungszwecke, sondern ihr gemeinsamer Nenner. Dieser einheitliche Zweck ist es, der den beteiligten Einzelinteressen die notwendige gemeinsame Richtung gibt, um verschiedene Interessen und ihre Träger in einer Einheit zu verbinden ²⁾. Der Zweck ist somit konstitutives Merkmal einer jeden AG.

1. Die Bedeutung des Gesellschaftszwecks für das Handeln der AG und ihrer Organe

Der Zweck der Gesellschaft wird über diese verbindende und gestalterische Funktion hinaus für die Existenz des Verbandes zur Richtschnur seines Wollens und Handelns und damit zugleich zum Beurteilungsmaßstab für das Wollen und Handeln der Gesellschaftsorgane und der beteiligten Einzelpersonen ³⁾. Der Gesellschaftszweck ist maßgeblich für die Definition der gesellschaftlichen Zielsetzung und den damit verbundenen Rechten und Pflichten der Gesellschaftsorgane. Von ihm leitet sich das "Wohl der Gesellschaft" oder das "Verbandsinteresse" ab, die zu den Tatbestandsmerkmalen der gesellschaftsrechtlichen Verhaltensnormen für die am Leben einer AG beteiligten Personen und Organe gehören ⁴⁾.

Nach § 93 Abs. 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und ge-

1) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 1, sowie Lehmann-Dietz, Gesellschaftsrecht, S. 4, die von Gesellschaften als Zweckgemeinschaften sprechen.

2) Vgl. Müller-Erzbach, AcP 154, S. 316 f., sowie Rudolf Fischer, Ehrenbergs Handbuch III, S. 357.

3) Zum Zweck als Beurteilungsmaßstab vgl. Pöpll, Aktienrechtlicher Minderheitenschutz, S. 46.

4) Vgl. Zöllner, Schranken, S. 23 f.

wissenschaften Geschäftsleiters anzuwenden. Hier ergibt sich die pflichtenbestimmende Bindung an den Gesellschaftszweck schon aus dem Wesen der Geschäftsführung selbst, die als eine auf Verfolgung des Gesellschaftszwecks gerichtete Tätigkeit definiert wird ¹⁾. Darüber hinaus besagt die in dieser Vorschrift begründete Sorgfaltspflicht der Vorstandsmitglieder, daß sie "den Vorteil der Gesellschaft zu wahren haben, und Nachteile abwenden" müssen ²⁾ bzw. "die Belange der Gesellschaft zu wahren" haben ³⁾.

Die Verpflichtung, die Belange der Gesellschaft zu beachten und die "Interessen der Gesellschaft" ⁴⁾ wahrzunehmen, obliegt nach § 116 i. V. mit § 93 AktG auch den Aufsichtsratsmitgliedern sowie nach § 243 Abs. 2 indirekt auch der Hauptversammlung. Nach § 243 Abs. 1 i. V. mit § 243 Abs. 2 AktG kann ein Hauptversammlungsbeschluß wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung oder auch deswegen angefochten werden, weil ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts für sich oder einen Dritten Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre zu erlangen suchte und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen.

Auch außenstehende Dritte dürfen nach dem Aktiengesetz einen etwa bestehenden Einfluß nicht gesellschaftsschädigend einsetzen. Wer nämlich als Außenstehender zum "Schaden der Gesellschaft" auf eine Aktiengesellschaft Einfluß ausübt, ist nach § 117 AktG genauso zum Schadensersatz verpflichtet wie im faktischen Konzern ein herrschendes Unternehmen nach § 311 bzw. § 317 AktG der abhängigen Gesellschaft den durch seinen Einfluß entstandenen "Nachteil" zu ersetzen hat.

1) Vgl. Zöllner, Schranken, S. 323 mit weiteren Hinweisen.

2) Baumbach-Hueck, § 93 Rdnr. 6.

3) BGHZ 21, S. 354 (357).

4) BGHZ 36, S. 296 (306).

Was der Gesellschaft zum Vorteil gereicht oder von Nachteil für sie ist, was die "Belange" oder "Interessen der Gesellschaft" sind oder was ein "Schaden" für die Gesellschaft ist, läßt sich nur anhand eines einheitlichen Maßstabes ermitteln. Dieser Maßstab kann nur der jeweilige Zweck der Gesellschaft sein ¹⁾. Zwar braucht nicht jedes zweckwidrige Verhalten der Gesellschaftsorgane zugleich auch einen Schaden für die Gesellschaft nach sich zu ziehen, für die Definition dessen, was der Gesellschaft zum Schaden gereicht, muß aber immer vom Zweck der Gesellschaft ausgegangen werden. Beschließt z. B. der Vorstand einer AG mit erwerbswirtschaftlichem Unternehmenszweck, die Leistungen der Gesellschaft in Zukunft kostenlos an Dritte zu verteilen, so handelt er zweckwidrig. Der darauf gerichtete Beschluß bedeutet bereits eine Pflichtverletzung; die durch die Verteilung der Leistung eintretende Vermögensminderung ist ein Schaden für die AG. Ist die kostenlose Gewährung der Leistungen dagegen Zweck der AG, so kann das auf die Zweckerfüllung gerichtete Handeln des Vorstandes nicht rechtswidrig und die eintretende Vermögensminderung kein Schaden sein.

2. Der Zweck der Aktiengesellschaft und die Grenzen seiner Verwirklichung

Trotz seiner großen Bedeutung als konstitutives Element einer AG und als Beurteilungsmaßstab für das Verhalten der Gesellschaftsorgane sowie der mit der Gesellschaft in Beziehung stehenden Dritten hat der Gesellschaftszweck im Aktiengesetz keine ausdrückliche Regelung erfahren. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, daß das Aktiengesetz die Verfolgung aller legalen Zweck-

1) Vgl. Pöpll, Aktienrechtlicher Minderheitenschutz, S. 46, sowie Zöllner, Schranken, S. 23 f.; vgl. auch die bei Zöllner, S. 318 ff., mit zahlreichen Hinweisen geführte Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit bei Gesellschaften allgemein der Gesellschaftszweck alleiniger Verhaltensmaßstab ist, oder ob neben ihm auch andere Zwecke und Interessen verfolgt werden dürfen und können. Diese allgemeine Frage kann hier offen bleiben. Für die AG ist sie speziell anhand der erwähnten Vorschriften des Aktiengesetzes zu lösen. Zum Zweck als Maßstab vgl. auch Westermann, Festschrift für Schnorr v. Carolsfeld, S. 531.

ke zuläßt ¹⁾. Dies muß § 3 AktG entnommen werden, der den Aktiengesellschaften die freie Wahl des Unternehmensgegenstandes und damit des Tätigkeitsbereiches überläßt, was auch auf die Zulässigkeit der durch diese Tätigkeiten erzielbaren Erfolge schließen läßt.

Anders als beim Unternehmensgegenstand, der nach § 23 Abs. 3 AktG für jede Gesellschaft ausdrücklich in der Satzung beschrieben werden muß, verlangt das Aktiengesetz für den Unternehmenszweck keine satzungsrechtliche Festlegung. Dies führt dazu, daß der jeweilige Zweck der AG in der Satzung regelmäßig nicht genannt wird und daher auf andere Art und Weise zu ermitteln ist.

Bei der Ermittlung des Zwecks einer AG wird man von der Vermutung ausgehen müssen, daß die vom Gesetzgeber als Organisationsform wirtschaftlicher Interessen geschaffene Aktiengesellschaft regelmäßig durch ihre Tätigkeit einen Gewinn erwirtschaften soll ²⁾. Der Zweck einer AG wird somit in der Regel in der Gewinnerzielung liegen. Soll der Gesellschaftszweck, abweichend von diesem Grundsatz, ideeller Natur sein, bedarf es eines besonderen Hinweises, entweder in ausdrücklicher Form durch die Satzung oder durch andere besondere Umstände ³⁾.

Unabhängig davon, welche Ziele die Aktionäre bei der Gründung einer AG verfolgt haben, und unabhängig von dem jeweiligen Unternehmenszweck ist für das Handeln der AG zu berücksichtigen, daß die Verwirklichung des Unternehmenszwecks begrenzt wird durch eine allgemein gebotene Rücksichtnahme auf andere Interessen. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll jede AG bei der Verfolgung ihres Unternehmenszwecks zugleich auch die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit be-

1) Vgl. Baumbach-Hueck, § 3 Rdnr. 2, sowie Godin-Wilhelmi, § 3 jeweils ohne nähere Begründung.

2) Vgl. Pöpl, Aktienrechtlicher Minderheitenschutz, S. 1, sowie Lang, Einfluß, S. 119 f., jeweils mit weiteren Hinweisen.

3) Z. B. Willenserklärungen der Gesellschafter oder konzernrechtliche Maßnahmen. Hierauf wird im folgenden noch zurückgekommen.

rücksichtigen. Diese Begrenzung der Zweckverfolgung ist im Aktiengesetz zwar nicht ausdrücklich erklärt, aus der Entstehungsgeschichte des Aktiengesetzes 1965 jedoch eindeutig zu entnehmen. Eine dem § 70 AktG 1935 entsprechende Regelung, nach der der Vorstand die Gesellschaft "unter Berücksichtigung des Wohls seiner Arbeitnehmer, der Aktionäre und der Allgemeinheit" zu leiten hatte, ist zwar nicht in das Aktiengesetz von 1965 eingefügt worden, soll aber dennoch "als selbstverständliche Pflicht" nach dem Willen des damaligen Gesetzgebers und aller Parteien gelten ¹⁾. Die Bedeutung dieser gesetzlich zwar nicht ausdrücklich verankerten, aber doch für die Unternehmensorgane verbindlichen Regelung war bereits unter dem Aktiengesetz von 1937 unklar und umstritten ²⁾, und ist auch für das geänderte Aktiengesetz von 1965 nicht deutlicher geworden. Dies ist vor allem mit der Unklarheit der Begriffe "Wohl der Aktionäre, der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit" und der Unbestimmtheit der Rechtspflicht zu erklären, die die "Berücksichtigung" der genannten Interessen verlangt. Bei allen Vorbehalten, die aufgrund fehlender gesetzlicher Präzision bei jedem Versuch angebracht sind, aus allgemeinen Erklärungen des Gesetzgebers konkrete rechtliche Folgerungen abzuleiten, wird man von folgendem ausgehen können:

Das "Wohl der Aktionäre, der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit" kann regelmäßig von den darauf verpflichteten Gesellschaftsorganen selbst nicht objektiv bestimmt werden. Dieses Wohl ist entweder durch Gesetz im Einzelfall zu definieren oder von den Betroffenen in den Unternehmensorganen selbst durch die ihnen eingeräumten Mitwirkungsrechte zu konkretisieren.

1) Vgl. dazu näher Baumbach-Hueck, § 76 Rdnr. 1 mit Hinweis auf die Parteienerklärungen in der 184. Sitzung des Bundestages, 4. Wahlperiode, S. 9218.

2) Vgl. hierzu die Darstellung bei Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 235 ff.

a) Aktionärsinteressen

So müssen die Aktionäre durch ihre Beteiligung am Willensbildungsprozeß in den dafür vorgesehenen Unternehmensorganen, d. h. insbesondere der Hauptversammlung, ihr "Wohl" selbst bestimmen. "Berücksichtigt" wird dieses Wohl aller Aktionäre in erster Linie durch die Rechte des einzelnen Aktionärs nach dem Aktiengesetz und der Satzung und durch die Pflicht der Unternehmensorgane, nicht nur das ihnen durch mehr oder weniger große Einflußnahme verdeutlichte Interesse eines Mehrheitsaktionärs, sondern auch das zum Ausdruck gebrachte Interesse der Minderheitsaktionäre zu beachten ¹⁾.

b) Arbeitnehmerinteressen

Das Interesse der Arbeitnehmer wird ebenfalls durch Gesetz (Betriebsverfassungsgesetz, Kündigungsschutzgesetz, Mutterschutzgesetz etc.) oder von den Arbeitnehmern selbst durch das ihnen nach den Mitbestimmungsgesetzen und dem Betriebsverfassungsgesetz eingeräumte Mitbestimmungsrecht definiert ²⁾. Seine "Berücksichtigung" findet es im ersten Fall durch die gesetzliche Verpflichtung des Unternehmens, die es als Arbeitgeber treffenden arbeitsrechtlichen Pflichten und Aufgaben auch etwa entgegen den Wünschen einer Aktionärsmehrheit zu erfüllen ³⁾. Im zweiten Fall wird das Arbeitnehmerinteresse insoweit berücksichtigt, als die Mitbestimmungsbefugnisse der Arbeitnehmer nach dem Betriebsverfassungsgesetz und den Mitbestimmungsgesetzen reichen. Je nach Art und Umfang der Mitbestimmungsrechte ergibt sich somit ein wechselnder Grad der Berücksichtigung des selbstdefinierten "Wohls der Arbeitnehmer".

1) Zur Stärkung der Minderheitsrechte durch das Aktiengesetz 1965 im Vergleich zum Aktiengesetz 1937 vgl. Pöpl, Aktienrechtlicher Minderheitenschutz.

2) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 76 Anm. 7.

3) Vgl. Zöllner, Schranken, S. 49.

c) Das Gemeinwohl

Die vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich erklärte, aber nach allgemeiner Ansicht bestehende Verpflichtung des Vorstandes, bei seinen Entscheidungen auch das "Wohl der Allgemeinheit" zu berücksichtigen, ist zu unbestimmt, als daß aus ihr ohne weitere Konkretisierung bestimmte Handlungspflichten hergeleitet werden könnten¹⁾. Auch hier muß, wie in den vorangegangenen Fällen, die Bestimmung dessen, was dem Wohl der jeweiligen Interessengruppierung entspricht, dieser Gruppierung selbst überlassen werden. Die Bestimmung des Gemeinwohls ist vorrangig Aufgabe des Gesetzgebers²⁾, aber auch in dem vom Gesetzgeber gesteckten Rahmen Aufgabe der Verwaltung³⁾, die im Falle einer staatlichen Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften und den dadurch gewonnenen Einflußmöglichkeiten über eine zusätzliche Möglichkeit verfügt, sich für das allgemeine Wohl einzusetzen. Im Ergebnis wird das allgemeine Wohl in der Handlungsweise einer AG regelmäßig nur insoweit Berücksichtigung finden als die Tätigkeit der Gesellschaft - wie die Tätigkeit aller anderen Personen und Gesellschaften auch - durch allgemeine Gesetze im Sinne einer Gemeinwohlverpflichtung geregelt wird oder aber - und das ist das besondere einer staatlichen Beteiligung an einer AG - durch innergesellschaftliche Einflußnahme des staatlichen Aktionärs auf das Allgemeinwohl ausgerichtet wird.

Die Pflicht der Unternehmensorgane, die Gesellschaft "unter Berücksichtigung des Wohls seiner Arbeitnehmer, der Aktionäre und der Allgemeinheit" zu leiten, ist in ihrer allgemeinen Form grundsätzlich nicht geeignet, einen Anspruch auf ein bestimmtes

-
- 1) Allgemein zur geringen Bedeutung der Gemeinwohlklausel Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 236 mit weiteren Hinweisen sowie Leo, Die AG 1960, S. 261.
 - 2) Vgl. Westermann, Freundesgabe für Vits, S. 262 ff.
 - 3) Für die Konkretisierung der Gemeinwohlklausel des Art. 14 Abs. 2 GG vgl. von Mangoldt-Klein, Art. 14 Erläuterung 5.

Verhalten der Gesellschaft zu begründen ¹⁾. Die Verpflichtung kann vielmehr nur durch Konkretisierung des jeweiligen Interesses im Einzelfall und durch Geltendmachen von Einflußrechten in eine bestimmte Richtung gelenkt werden.

Die Verpflichtung der Unternehmensorgane, bei ihren Entscheidungen das Wohl der Arbeitnehmer, der Aktionäre und der Allgemeinheit zu berücksichtigen, bedeutet positiv somit letztlich nur, daß sie diese Faktoren als Entscheidungskriterien neben dem Unternehmenszweck mit heranzuziehen haben. Worauf sie im Einzelfall der Entscheidung das Schwergewicht setzen, bleibt ihrem pflichtgemäßen Ermessen überlassen. Entsprechend der Lehre vom pflichtgemäßen Ermessen im öffentlichen Recht wird man eine bestimmte, aus der Berücksichtigung des Wohls der Arbeitnehmer, der Aktionäre und der Allgemeinheit abgeleitete Handlungspflicht allenfalls bei einer "Ermessensreduzierung auf Null" annehmen können ²⁾.

Diese Verpflichtung zur "Berücksichtigung" der genannten Interessen kann jedoch auch im Falle ihrer Konkretisierung den Gesellschaftszweck als die eigentliche unternehmerische Zielsetzung nicht ersetzen, sondern allenfalls die Art und Weise der Zweckverfolgung beeinflussen. Auch im Falle einer näheren Konkretisierung der Verpflichtung und einer entsprechenden Einflußnahme auf die Gesellschaftsorgane bleibt die Erfüllung des Gesellschaftszwecks die ausschlaggebende positive pflichtbegründende Norm für ihr Handeln.

Eine größere rechtliche Bedeutung mit praktischer Auswirkung auch im Verhältnis zum Gesellschaftszweck kommt der Interes-

1) Vgl. dazu auch die Stellungnahme der Bundesregierung zur großen Anfrage der SPD-Fraktion über die Bundesunternehmen, BT-Drucks. III S. 1636.

2) Vgl. dazu BVerwGE 11, S. 97; Wolff VWR I § 31 II e jeweils mit weiteren Hinweisen.

senklausel aber in negativer, haftungsausschließender Form zu ¹⁾. Die grundsätzliche Pflicht der Unternehmensorgane, das "Interesse" und die "Belange" der Gesellschaft zu wahren und zu fördern, d. h. ihre Pflicht, den Gesellschaftszweck zu erfüllen, führt grundsätzlich im Falle ihrer Mißachtung und Verletzung zu Schadensersatzansprüchen der AG und der Aktionäre. Durch die Verpflichtung der Gesellschaftsorgane, bei der Zweckerfüllung "das Wohl der Arbeitnehmer, der Aktionäre und der Allgemeinheit zu berücksichtigen", wird aber klargestellt, daß die Zweckerfüllung nicht uneingeschränkt zulässig ist, und daß eine aus Gründen der Rücksichtnahme auf eines der genannten Interessen unterlassene optimale Zweckerfüllung keine Verletzung der Organpflichten bedeutet. Die Schadensersatzansprüche des Aktiengesetzes sind durch die Berücksichtigungsklausel daher insoweit ausgeschlossen, als das betreffende Gesellschaftsorgan die ihm aufgetragene Erfüllung des Gesellschaftszwecks unter Würdigung der gesamten anderen Interessen eingeschränkt hat.

Aufgrund der mangelnden begrifflichen Schärfe der Interessendefinition haben die Unternehmensorgane bei ihren Entscheidungen naturgemäß einen großen Entscheidungsspielraum. In der rechtlichen Praxis wird es daher nicht immer leicht sein, den theoretisch vorhandenen Trennungsstrich zwischen der die Zweckverfolgung zulässigerweise beschränkenden "Berücksichtigung" der genannten Interessen und einer rechtswidrigen, Schadensersatzansprüche begründenden Zweckbeeinträchtigung zugunsten anderer Interessen festzustellen. Wie häufig in solchen Fällen muß die Praxis und die Rechtsprechung hier die Trennungslinie ziehen. Eine klare Zuordnung zu dem einen oder anderen Bereich wird man jedoch in folgenden Fällen annehmen können:

1) Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 237 f.

Ist der Zweck einer Aktiengesellschaft auf die Gewinnerzielung ausgerichtet, so widerspricht es dem Gesellschaftszweck ohne weiteres, wenn die Gesellschaft außenstehenden Dritten ohne Gegenleistung Vermögensvorteile gewährt und z. B. Schenkungen macht ¹⁾. Nicht dagegen verstößt es gegen den Gesellschaftszweck, wenn die Gesellschaft ihren Arbeitnehmern über die arbeitsrechtliche Verpflichtung hinaus in bestimmtem Umfang freiwillige soziale Leistungen erbringt ²⁾. Zweckschädlich und daher regelmäßig auch rechtswidrig ist es für ein erwerbswirtschaftliches Unternehmen dagegen, wenn es seine Produkte unter Marktpreis verkauft oder seine Rohstoffe dauernd über Marktpreis einkauft ³⁾. Unter "Berücksichtigung des Allgemeinwohls" jedoch gerechtfertigt und nicht zweckschädlich dürfte es dagegen sein, wenn eine Gesellschaft im Interesse der Verbraucher auf eine nach der Marktlage mögliche Preiserhöhung verzichtet ⁴⁾. Das gleiche dürfte für diejenige Aktiengesellschaft gelten, die freiwillig den im Rahmen der "konzertierten Aktion" nach § 3 des Stabilitätsgesetzes ⁵⁾ von der Bundesregierung gegebenen Orientierungsdaten folgt und aus preis- und konjunkturpolitischer Rücksichtnahme eine am Markt durchsetzbare Preiserhöhung unterläßt.

Ist die Zwecksetzung der Gesellschaft nicht auf die Gewinnerzielung ausgerichtet, sondern ideeller Natur, so verschieben sich dementsprechend auch die Rechte und Verantwortlichkeiten der Gesellschaftsorgane. Entspricht ein nachteiliges Rechtsgeschäft der ideellen Zwecksetzung, so können hieraus den Gesellschaftsorganen keine Schadensverpflichtungen entstehen. Eine AG, deren Zweck es ist, aus ideellen Gründen Leistungen zum Selbstkostenpreis zu gewähren, verletzt keine Rechte ihrer Aktionäre auf angemessene Verzinsung ihres eingebrachten Kapitals.

1) So schon das ROH 22, S. 278.

2) Vgl. Zöllner, Schranken, S. 49.

3) Godin-Wilhelmi, § 311 Anm. 3.

4) Vgl. dazu Spieker, JZ 62, S. 721 (726, 730) sowie Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 238.

5) Stabilitätsgesetz vom 8. 6. 1967 (BGBl. I S. 582).

3. Die Bedeutung des Gesellschaftszwecks für den staatlichen Aktionär

Für den staatlichen Aktionär und für die von ihm mit der Beteiligung an einer Aktiengesellschaft verfolgte Zielsetzung hat der Gesellschaftszweck grundsätzlich die gleiche Bedeutung wie für jeden anderen Aktionär auch. Er hat als Aktionär oder als außenstehender, auf die Gesellschaftsorgane einflußnehmender Dritter, den jeweiligen Gesellschaftszweck einer AG zu beachten. Die staatlichen Aktionäre selbst bzw. die von ihnen beeinflussten Mitglieder der Gesellschaftsorgane handeln rechtswidrig und machen sich nach dem Aktiengesetz schadensersatzpflichtig, wenn sie einen zweckschädigenden Einfluß auf die Aktiengesellschaft ausüben. Zweckschädlich ist auch hier, was über die "Berücksichtigung des Wohls der Arbeitnehmer, der Aktionäre und der Allgemeinheit" hinausgeht und die jeweilige Zielsetzung des Unternehmens beeinträchtigt. Der staatliche Aktionär kann somit grundsätzlich in jeder AG das von ihm konkretisierte Gemeinwohl nur im Rahmen des vorrangigen Gesellschaftszwecks zur Geltung bringen. Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung des staatlichen Beteiligungsinteresses kann rechtmäßig nur durch Änderung des Gesellschaftszwecks erfolgen. Für eine staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften ergeben sich daraus praktisch folgende Konsequenzen.

Ist der Staat an einer AG mit erwerbswirtschaftlicher Zwecksetzung beteiligt ¹⁾, so darf er seinen Einfluß nicht dazu benutzen, um z. B. bei einem Unternehmen der Energiewirtschaft das Gewinnprinzip durch das Kostendeckungsprinzip zu ersetzen oder um aus einem erwerbswirtschaftlich orientierten Verkehrsunternehmen durch entsprechende Tarifgestaltung ein staatliches Zuschuß-

1) Ist der Staat Alleinaktionär, so tauchen die hier geschilderten Probleme einer besonderen Allgemeinwohlverpflichtung der AG nicht auf, da der Unternehmenszweck zur Disposition des Alleinaktionärs steht; vgl. dazu noch unten 4 b.

unternehmen mit allen damit begründeten zusätzlichen Abhängigkeiten zu machen ¹⁾. Aus dem gleichen Grunde kann der staatliche Aktionär bei einer AG mit erwerbswirtschaftlichem Gesellschaftszweck nicht durch seine bloße Einflußnahme und unter Berufung auf das "Wohl der Allgemeinheit" den "Nulltarif" einführen.

Mit dem Erwerbszweck einer staatlichen Beteiligungsgesellschaft ist es dagegen vereinbar, wenn ein Verkehrsunternehmen unter grundsätzlicher Beachtung des gewinnwirtschaftlichen Prinzips Teilen seiner Benutzer Sozialtarife oder andere ähnliche Vergünstigungen gewährt. Mit dem Erwerbszweck vereinbar ist es auch, wenn der Staat über seine konjunkturpolitischen Appelle hinaus unter Berufung auf das "Wohl der Allgemeinheit" seine aktienrechtlichen Einflußmöglichkeiten dazu ausnutzt, um bestimmte Unternehmen im Interesse seiner Stabilitätspolitik zu zurückhaltender Preisgestaltung zu veranlassen, ohne dabei allerdings die erwerbswirtschaftliche Zielsetzung des Unternehmens aus dem Auge zu verlieren ²⁾.

Verfolgt der Staat mit seiner Beteiligung an einer Aktiengesellschaft keine erwerbswirtschaftliche Zielsetzung, sondern mit der Gewinnerzielung nicht zu vereinbarende ideelle Zwecke, so kann diesem Interesse nur dadurch Rechnung getragen werden, daß es als Gesellschaftszweck im Sinne des Aktienrechts institutionalisiert wird. Dadurch wird erreicht, daß die Gesellschaft und ihre Organe auf die Erfüllung des jeweiligen ideellen Zwecks verpflichtet werden und eine Einflußnahme des staatlichen Aktionärs im

-
- 1) So dürfte im bereits erwähnten Fall der "HANNOVERSCHEN VERKEHRSBETRIEBE (ÜSTRA) AG, vgl. oben § 2 D II, der zulässige staatliche Einfluß im Zusammenhang mit der "Aktion Roter Punkt" überschritten worden sein.
 - 2) Zu den politischen Auffassungen über die Bedeutung der Gemeinwohlklausel für die Bundesunternehmen vgl. auch die bereits in anderem Zusammenhang erwähnte Diskussion im 3. Deutschen Bundestag zwischen Dr. Deist und Minister Dr. Lindrath, Bericht über die 30. Sitzung des 3. Bundestages, S. 1641.

Sinne dieser Zwecksetzung nicht die "Interessen" und "Belange" der Gesellschaft verletzt. Die vom Erwerbsprinzip abweichende Beeinflussung schadet in diesem Falle nicht der AG, sondern fördert gerade das durch die Zwecksetzung definierte Gesellschaftsinteresse.

Will der Staat als Aktionär somit aus der Tätigkeit einer AG einen größeren ideellen Nutzen ziehen, als er durch die Erfüllung der jeder AG obliegenden Pflicht zur "Berücksichtigung" des Gemeinwohls entsteht, so muß er darum bemüht sein, den Gesellschaftszweck als die oberste Leitlinie des gesellschaftlichen Handelns in seinem Sinne zu gestalten. Welche Möglichkeiten das Aktienrecht dafür bietet, soll im folgenden untersucht werden.

4. Die aktienrechtliche Bestimmung des Gesellschaftszwecks

Wie bereits festgestellt wurde ¹⁾, besteht bei Aktiengesellschaften eine Vermutung dafür, daß sie erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgen soll. Wenn eine AG abweichend davon ausschließlich oder zusätzlich auf die Erfüllung eines ideellen Zwecks ausgerichtet werden soll, so bedarf es dazu einer besonderen ausdrücklichen Regelung. Das zur Regelung von gesellschaftsrechtlichen Rechten und Pflichten und zur Individualisierung einer AG geeignete und bestimmte Instrument ist die Satzung als das selbstgegebene Gesetz, unter dem die Gesellschaft leben will ²⁾. Ein vom erwerbswirtschaftlichen Prinzip abweichender Gesellschaftszweck ist daher in der Satzung festzulegen.

Nach § 23 AktG gehört die Zweckbestimmung zwar nicht zum notwendigen Satzungsinhalt, die Festlegung des Gesellschaftszwecks wird durch diese Vorschrift aber auch nicht ausgeschlossen. § 23

1) Vgl. oben § 3 C II 2.

2) Godin-Wilhelmi, Vorbem. zu § 23 Anm. 2.

Abs. 5 AktG läßt ergänzend zu den gesetzlich vorgeschriebenen Regelungen weitere Satzungsbestimmungen zu, sofern das Aktiengesetz selbst keine abschließende Regelung enthält ¹⁾. Da das Aktiengesetz die Verfolgung beliebiger Zwecke gestattet ²⁾, selbst aber keine Regelung über den Gesellschaftszweck enthält, muß es als zulässig angesehen werden, den jeweiligen Gesellschaftszweck auch satzungsmäßig zu verankern. Das Verfahren bei der Bestimmung des Satzungsinhalts ist je nachdem verschieden, ob es sich um die Aufnahme einer Regelung in die Gründungssatzung oder um die spätere Änderung einer bereits vorhandenen Satzung handelt.

a) Zweckbestimmung durch die Gründungssatzung

Bei der Gründung einer AG wird die Satzung in Form des "Gesellschaftsvertrages" ³⁾ durch einvernehmliche Regelung der Gründer nach § 2 AktG festgestellt. Unabhängig davon, ob der Gesellschaftszweck wie im Normalfall bei den Erwerbsunternehmen stillschweigend vorausgesetzt oder ausdrücklich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird, in jedem Falle wird er nur durch den übereinstimmenden Willen aller Beteiligten festgelegt.

Beteiligt sich die öffentliche Hand an der Gründung einer AG mit der Absicht, durch diese einen nichterwerbswirtschaftlichen ideellen Zweck zu verfolgen, so muß sie darauf dringen und die Zustimmung aller übrigen Gründer dazu erreichen, daß dieser ideelle Zweck als Gesellschaftszweck in die Satzung aufgenommen wird. Dies gewährleistet einerseits die Tätigkeit der AG in dem jeweils

1) Vgl. dazu Baumbach-Hueck, § 23 Rdnr. 16.

2) Vgl. oben § 3 C II 2.

3) Daß nur § 2 vom "Gesellschaftsvertrag" spricht und sonst allgemein von Satzung gesprochen wird, liegt daran, daß nur im Gründungszeitpunkt eine vertragliche Regelung vorliegt, bei der bestehenden Gesellschaft die Fortentwicklung der Rechtsbeziehungen unter den Beteiligten nicht mehr vertraglich, sondern nach einem besonderen Verfahren erfolgt, vgl. Godin-Wilhelmi, § 2 Anm. 2.

zum Ausdruck gebrachten staatlichen Interesse. Die Verpflichtung der Gesellschaft auf einen solchen ideellen Zweck wird andererseits den Kreis der an einer Beteiligung Interessierten begrenzen. Dies braucht für das spätere Leben der Gesellschaft aber nicht von Nachteil zu sein. Die Fixierung auf einen bestimmten Zweck und die damit verbundene Abweisung entgegengesetzter Interessen verhindert spätere gesellschaftsinterne Interessenkonflikte und eine möglicherweise daraus resultierende Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Handlungsfähigkeit.

Eine auf Betreiben des staatlichen Aktionärs im öffentlichen Interesse durch Gesellschaftsvertrag festzusetzende, nicht ausschließlich gewinnorientierte Zwecksetzung kann z. B. in folgenden Formen erfolgen:

- "Gegenstand des Unternehmens sind die Errichtung, der Erwerb und der Betrieb energiewirtschaftlicher Anlagen zur sicheren und vorteilhaften Versorgung der Bevölkerung mit elektrischem Strom" ¹⁾,
- "Gegenstand des Unternehmens sind die Erzeugung und der Vertrieb von Elektrizität und Fernwärme, insbesondere zur Versorgung Berlins" ²⁾,
- "Die FINAG ³⁾ verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne der Gemeinnützigkeitsverordnung vom 24. 12. 1953. Sie dient dem allgemeinen Nutzen, insbesondere durch die Übernahme von Bürgschaften im eigenen Namen sowie durch die Verwaltung von Bürgschaften und Krediten und Durchführung von Finanzgeschäften im treuhänderi-

1) § 2 I der Satzung der PREUSSISCHEN ELEKTRIZITÄTS AG (Hervorhebungen vom Verfasser); hier ist der Gesellschaftszweck zusammen mit dem Gesellschaftsgegenstand geregelt.

2) § 3 der Satzung der BEWAG.

3) Vgl. dazu Anhang Nr. 4.

schen Auftrag der Landesregierung von Rheinland-Pfalz, die im allgemeinen öffentlichen Interesse liegen und deren gesamtwirtschaftlicher Zweck ohne eine solche besondere Unterstützung nicht verwirklicht werden kann" 1)

oder

- "Gegenstand des Unternehmens ist der Betrieb von Bankgeschäften unter besonderer Förderung der Bau- und Wohnungswirtschaft, namentlich des Städtebaues und des Wohnungsbaues" 2).

Eine nicht oder zumindest nicht ausschließlich erwerbswirtschaftliche Zielsetzung staatlich beeinflusster Aktiengesellschaften kann auch dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß eine der Gesellschaft übertragene öffentlich-rechtliche Funktion bei der Umschreibung der unternehmerischen Zielsetzung aufgeführt wird. So ist z. B. Aufgabe der DUISBURG-RUHRORTER-HÄFEN-AG die Verwaltung 3) und Betriebsführung der staatlichen und städtischen Häfen in Duisburg-Ruhrort, Duisburg und Duisburg-Hochfeld 4).

Unternehmensgegenstand der TELTOWKANAL-AG sind die "Verwaltung 3), Unterhaltung und der Betrieb des Teltowkanals und seiner Nebenanlagen sowie Schlepp- und Fahrgastschiffahrt" 5).

1) Nach: Handbuch der AG 1972/73.

2) Unternehmensgegenstand und Unternehmenszweck der DEUTSCHEN BAU- UND BODENBANK AG (62 % Kapitalanteil des Bundes) vgl. Beteiligungen des Bundes 1970, S. 159.

3) Nach § 7 des Bundeswasserstraßengesetzes vom 2. April 1968 (BGBl. II S. 173) ist die Verwaltung von öffentlichen Wasserstraßen öffentliche Verwaltung. Zu den öffentlichen Verwaltungsaufgaben der DUISBURG-RUHRORTER-HÄFEN-AG und der TELTOWKANAL-AG vgl. noch unten § 8 B II 2.

4) Beteiligungen des Bundes 1970, S. 141.

5) Vgl. § 2 Abs. 1 der Satzung der TELTOWKANAL-AG.

Anders als bei den Erwerbsgesellschaften, die ihre eigenen Unkosten regelmäßig selbst erwirtschaften und darüber hinaus noch einen Gewinn erzielen wollen, können die Gründer einer AG mit nicht erwerbswirtschaftlicher Zwecksetzung sich nicht mit der Feststellung des Gesellschaftszwecks begnügen. Sie müssen vielmehr schon bei der Gründung die Frage beantworten, wie die eigenen Betriebskosten der Gesellschaft bzw. die in ihrer ideellen Zwecksetzung begründeten wirtschaftlichen Lasten finanziell gedeckt werden sollen. Zur Regelung dieser Frage gibt es mehrere Möglichkeiten.

Eine uneingeschränkte Verfolgung des ihr aufgetragenen nicht-erwerbswirtschaftlichen Gesellschaftszwecks ist der AG nur bei vollständigem Ersatz der nicht gedeckten Unkosten durch Zuschüsse von außen möglich. Ein öffentliches Verkehrsunternehmen, das seine Leistungen zum "Nulltarif" erbringen soll, muß laufend aus den jeweiligen öffentlichen Haushalten finanziert werden. Soll oder muß aus Haushaltsgründen der ideelle Zweck ohne solche Zuschüsse erfüllt werden, so kann das Unternehmen seine Leistungen nur auf der Grundlage des Kostendeckungsprinzips erbringen. Die nach dem Gesellschaftszweck gewollte "vorteilhafte und sichere Versorgung der Bevölkerung" findet in diesem Fall ihre Grenze in der Notwendigkeit, von den Benutzern eine kostendeckende Gegenleistung zu verlangen.

Noch weiter wird ein am öffentlichen Interesse orientierter ideeller Gesellschaftszweck begrenzt bei den Gesellschaften, die die öffentliche Hand wegen ihrer beschränkten finanziellen Möglichkeiten nicht allein gründen kann oder will und die daher durch die Aufnahme privater Aktionäre auf eine breitere finanzielle Basis gestellt werden sollen. In diesen Fällen wird die ideelle Zwecksetzung regelmäßig mit erwerbswirtschaftlichen Gesichtspunkten gekoppelt sein, da die Privataktionäre ihr Kapital in aller Regel nur bei ausreichender Verzinsung zur Verfügung stellen werden. Der in diesen

Fällen notwendige Ausgleich zwischen ideeller Zwecksetzung und Gewinnerzielungsabsicht kann z. B. dadurch erfolgen, daß für alle Aktien eine feste Rendite als Höchst- oder Mindestverzinsung satzungsrechtlich verankert wird. Dies kann nicht in Form einer Dividendengarantie im eigentlichen Sinne erfolgen, die aktienrechtlich unzulässig ist, weil immer ein Bilanzgewinn Voraussetzung für jede Dividendenzahlung ist ¹⁾. Gemeint ist vielmehr der durch Satzung festgelegte Ausgleich zwischen ideeller Zwecksetzung und Gewinnerzielungsabsicht dergestalt, daß für die Gesellschaft das Gewinnstreben zugunsten der ideellen Zwecksetzung durch Bestimmung einer Höchstverzinsung bzw. umgekehrt die ideelle Zwecksetzung durch einen mindestens zu erwirtschaftenden Gewinn eingeschränkt wird. Die Festlegung einer Höchstverzinsung ist überall dort angebracht, wo die gewinnorientierten Aktionäre einen starken Einfluß auf die Gesellschaft haben. Die satzungsrechtliche Verankerung der Mindestverzinsung ist dagegen erforderlich, wenn der die ideelle Zwecksetzung verfolgende Aktionär eine beherrschende Stellung innehat ²⁾.

Ein Beispiel für diesen, durch die Satzung bewirkten Interessenausgleich bietet Ziff. 8 des Konzessionsvertrages der BERLINER KRAFT- UND LICHT (BEWAG) - AG mit der Stadt Berlin, der nach § 20 Bestandteil der Satzung der Gesellschaft ist:

" Tarifpolitik

- Die Gesellschaft ist berechtigt, die Preise für Elektrizität so zu bemessen, daß die Gestehungskosten einschließlich der erforderlichen Abschreibungen und Rücklagen gedeckt werden, der tatsächliche Aufwand für Verzinsung und Tilgung des Anleihe- und Betriebskapitals gesichert ist und eine jährliche Verzinsung des Aktienkapitals der Gesellschaft von mindestens 6 DM auf je 100 DM Aktiennennbetrag erzielt wird."

1) Godin-Wilhelmi, § 58 Anm. 11.

2) Zur Notwendigkeit eines solchen Interessenausgleichs vgl. Terhalle, Gemischtwirtschaftliche Unternehmer, S. 376.

Aus der Überschrift dieser Ziffer ("Tarifpolitik") und der Feststellung, daß die Gesellschaft "berechtigt" ist, die Preise in der dargestellten Weise zu gestalten sowie aus der Sonderregelung der Ziffer 11, die die "Konzessionsabgaben" an die Stadt regelt, ist zu entnehmen, daß es sich bei Ziffer 8 des Konzessionsvertrages nicht um die Festlegung einer Gegenleistung für den staatlichen Mehrheitsaktionär, sondern um eine Vorschrift handelt, die einen Interessenausgleich zwischen verbraucherfreundlichen Tarifen und der Verzinsung des Anlagekapitals auch und gerade der privaten Minderheitsaktionäre herbeiführen soll.

Eine Möglichkeit, das Gewinninteresse einzelner Aktionäre mit dem ideellen Gesellschaftszweck in Einklang zu bringen, bieten auch die in § 11 und § 139 AktG vorgesehenen Vorzugsaktien. Mit Hilfe dieser Aktien ist es möglich, das unterschiedliche Gewinninteresse verschiedener Aktionäre auch unterschiedlich zu berücksichtigen. Vorzugsaktien können so ausgestaltet sein, daß sie ein Recht auf einen festen Prozentsatz als Dividende vorweg haben, so daß den übrigen Stammaktionären nur der verbleibende Betrag zufließt ¹⁾.

Der genannte Interessenausgleich kann ferner dadurch bewirkt werden, daß der an kostengünstigen Leistungen für die Allgemeinheit interessierte staatliche Aktionär gegenüber den bei einer entsprechend gestalteten Tarifpolitik in der Verzinsung ihres Kapitals beeinträchtigten privaten Aktionären eine Gewähr für eine bestimmte jährliche Dividende übernimmt, wie dies z. B. in § 23 der Satzung der HAMBURGER-HOCHBAHN-AG geschehen ist:

1) Baumbach-Hueck, § 11 Rdnr. 5, sowie Godin-Wilhelmi, § 11 Anm. 6. Vgl. hierzu § 22 der Satzung der HAMBURGER-HOCHBAHN-AG, der in einer komplizierten Gewinnverteilungsregel eine höhere Vorab-Dividende für die privaten Aktionäre im Gegensatz zu den Namensaktien der Stadt Hamburg vorsieht.

"Gewährleistung der Freien und Hansestadt Hamburg.

- Die Freie und Hansestadt Hamburg hat den Aktionären gegenüber Gewähr für einen jährlichen Gewinnanteil von fünf vom Hundert der A-Aktien übernommen und wird etwaige Fehlbeträge der Gesellschaft zur Verteilung an die Aktionäre zur Verfügung stellen."

Alle genannten satzungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten konkretisieren den jeweiligen Gesellschaftszweck bzw. bestimmen die Art und Weise, wie die dem Gesellschaftszweck verpflichteten Unternehmensorgane diesen erfüllen sollen. Diese Konkretisierung und Pflichtendefinition erfolgt bei der Gründung einer AG nach dem übereinstimmenden Willen aller Beteiligten im "Gesellschaftsvertrag" und entspricht dem selbstgefundenen Interessenausgleich unter den Gründern. Der am Anfang einer Gesellschaft stehende gemeinsame Wille, einen näher definierten Zweck erreichen zu wollen, kann sich bei einzelnen Gesellschaftern während des Bestehens der Gesellschaft ändern bzw. nicht dem Willen neu hinzukommener Aktionäre entsprechen. Diese werden dann jeweils ein Interesse daran haben, den jeweiligen Gesellschaftszweck zu ändern.

b) Die Änderung des Gesellschaftszwecks

Wenn der Zweck einer AG durch die Satzung bestimmt werden kann, so liegt es nahe anzunehmen, daß er auch durch eine entsprechende andere Fassung der Satzung geändert werden kann. Satzungsänderungen müssen nach § 179 Abs. 1 AktG von der Hauptversammlung beschlossen werden und bedürfen nach § 179 Abs. 2 AktG zu ihrer Annahme einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Kapitals umfaßt.

Abweichend von dieser Regelung wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, daß eine Änderung des Gesellschaftszwecks nur

mit Zustimmung aller Gesellschafter, d. h. nur einstimmig, erfolgen kann. Begründet wird dies damit, daß die Änderung des Gesellschaftszwecks einen "schwerwiegenden Eingriff in die Interessen der Aktionäre darstellt" ¹⁾ und dadurch die "Voraussetzungen des gesellschaftlichen Zusammenschlusses geändert" werden ²⁾. Ferner wird zur Begründung dieser Ansicht auf § 33 BGB verwiesen, der besagt, daß "zur Änderung des Zwecks des Vereins die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich ist". Da eine entsprechende Bestimmung im Aktienrecht fehlt, soll § 33 BGB bei Aktiengesellschaften subsidiär Anwendung finden ³⁾. Nach entgegenstehender Auffassung soll es keinen Unterschied machen, ob der Gegenstand oder der Zweck des Unternehmens geändert wird. In beiden Fällen soll die vom Aktiengesetz vorgesehene Möglichkeit von 75 % der Stimmen ausreichen. Diese Auffassung stützt sich auf die Begründung, daß das Aktiengesetz im Konzernrecht ausdrücklich eine auf Mehrheitsbeschluß basierende Zweckänderung zulasse ⁴⁾ und auch an anderer Stelle Mitgliedschaftsrechte durch Mehrheitsbeschluß einschränkbar gemacht habe ⁵⁾.

Beim Versuch, die besonders für einen staatlichen Aktionär bedeutsame Frage zu klären, ob für eine Zweckänderung der Gesellschaft Einstimmigkeit erforderlich ist oder eine qualifizierte Mehrheit ausreicht, ist von der Feststellung auszugehen, daß das Aktiengesetz nicht umhinkonnte, aus Praktikabilitätsgründen für die Willensbildung der Gesellschaften das Mehrheitsprinzip anzuerkennen ⁶⁾. Es hat dabei je nach Gewichtigkeit der Entscheidung verschiedene Mehrheitserfordernisse aufgestellt. Dies geht über

1) Pöpl, Aktienrechtlicher Minderheitenschutz, S. 46; vgl. auch Westermann, in Festschrift für Schnorr v. Carolsfeld, S. 529.

2) Lang, Der Einfluß, S. 121 mit weiteren Hinweisen, ebenso Zöllner, Schranken, S. 30.

3) Vgl. Fischer, Großkommentar zum Aktiengesetz 1937, § 16 Anm. 16, und Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten, S. 176, jeweils mit weiteren Hinweisen.

4) Von Falkenhausen, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 69.

5) Vgl. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 242 ff.

6) Vgl. dazu Pleyer, Die Aktiengesellschaft 1959, S. 8.

verschiedene Abstufungen von der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen nach § 133 AktG bei einfachen Hauptversammlungsbeschlüssen über die qualifizierte Dreiviertelmehrheit bei Satzungsänderungen nach § 179 Abs. 2 AktG und beim Abschluß von Unternehmensverträgen nach § 293 AktG. Noch größere Anforderungen stellt § 295 Abs. 2, der bei bestimmten Änderungen von Unternehmensverträgen einen Sonderbeschluß der Minderheit verlangt. Schließlich kennt das Aktiengesetz noch das Erfordernis der Einstimmigkeit, wenn nach § 180 den Aktionären nachträglich Nebenverpflichtungen auferlegt werden ¹⁾, oder wenn nach § 369 Abs. 2 eine AG in eine GmbH umgewandelt werden soll ²⁾. Einen Ausgleich zwischen dem Mehrheits- und Minderheitsinteresse schafft das Aktiengesetz auch zusätzlich dadurch, daß bestimmte Mehrheitsentscheidungen nur dann zulässig sind, wenn sie mit einem Ausgleich für den die Minderheit treffenden Schaden verbunden sind. Dies gilt allgemein bei Hauptversammlungsbeschlüssen nach § 243 Abs. 2 und für den Beschluß über den Abschluß von Unternehmensverträgen nach § 304 sowie für die zulässige Herrschaftsausübung in einem "faktischen Konzern" nach § 311 AktG.

Aus der Vielzahl der Regelungen läßt sich zwar die allgemeine Wertung des Gesetzgebers entnehmen, daß Entscheidungen von besonderer Wichtigkeit und Entscheidungen, die in besonderem Maße die Interessen der einzelnen Aktionäre berühren, auch eine besondere Qualifikation erfordern. Aus dieser allgemeinen Wertung läßt sich aber weder in positiver noch in negativer Hinsicht eine Antwort auf die Frage herleiten, ob bei der Änderung des Gesellschaftszwecks wegen des damit verbundenen "schwerwiegenden Eingriffs in die Interessen der Aktionäre" die Zustimmung aller Beteiligten verlangt werden muß. Das hier gestellte Problem ist

1) Vgl. dazu Baumbach-Hueck, § 180 Rdnr. 2.

2) Diese Vorschriften widerlegen eindeutig die Ansicht Kleins, Teilnahme, S. 93, der das Einstimmigkeitserfordernis mit Praktikabilitätsbegründungen ablehnt, weil es seiner Ansicht nach nicht möglich ist, bei verstreutem Aktienbesitz eine Einstimmigkeit zu erzielen.

demzufolge auf der Grundlage der vom Gesetzgeber in Form der gesetzlichen Einzelregelungen getroffenen Wertung zu lösen.

Bei der Darstellung der Pflichten aller Unternehmensorgane wurde festgestellt, daß diese den Zweck der Gesellschaft fördern müssen und die Gesellschaft sowie die Aktionäre einen Anspruch auf diese Pflichterfüllung haben ¹⁾. Grundsätzlich hat somit auch die Mehrheit und selbst die qualifizierte Mehrheit der Gesellschafter dieser Verpflichtung nachzukommen. Soll von diesem Grundsatz eine Ausnahme gemacht werden, so bedarf es dazu eines besonderen Hinweises. Für die Aktiengesellschaften mit erwerbswirtschaftlicher Zielsetzung sieht nun Emmerich ²⁾ einen solchen Hinweis in § 58 Abs. 4 AktG, der bestimmt, daß die Aktionäre nur insoweit einen Anspruch auf den Bilanzgewinn haben, als er nicht nach Gesetz, Satzung oder Hauptversammlungsbeschluß von der Verteilung ausgeschlossen ist. Entgegen Emmerich kann in dieser Vorschrift jedoch kein Anzeichen für die Kompetenz einer Mehrheit einer Aktiengesellschaft gesehen werden, den (hier erwerbswirtschaftlichen) Gesellschaftszweck ohne Zustimmung der Minderheitsaktionäre einzuschränken. § 58 AktG will nicht die Änderung des Gesellschaftszwecks erlauben, sondern durch die Zulassung einer im Ermessen der Mehrheit stehenden Bildung von Rücklagen die nachhaltige Stärkung der Wettbewerbskraft des Unternehmens und damit letztlich auch des Unternehmenszwecks auch gegen ein kurzfristiges Aktionärsinteresse auf höhere Dividende ermöglichen ³⁾.

Einen weiteren Hinweis auf die Möglichkeit, das Mitgliedschaftsrecht der Aktionäre auf Gewinnbeteiligung durch Mehrheitsbeschluß zu entziehen und dadurch eine nicht einstimmig zu beschließende Zweckänderung durchzusetzen, sieht Emmerich in § 243 Abs. 2 AktG ⁴⁾. Nach dieser Vorschrift können gesellschaftsschäd-

1) Vgl. oben § 2 C II 1.

2) In Wirtschaftsrecht, S. 233.

3) Vgl. Baumbach-Hueck, § 58 Rdnr. 2, mit weiteren Hinweisen.

4) A. a. O. S. 243.

liche Hauptversammlungsbeschlüsse entgegen der Regel nicht angefochten werden, wenn sie für die anderen Aktionäre einen angemessenen Ausgleich vorsehen. Gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft setzen begrifflich eine Beeinträchtigung des Gesellschaftszwecks voraus. § 243 Abs. 1 AktG gibt der Mehrheit der Hauptversammlung somit das Recht, zweckschädigende Beschlüsse zu fassen, wenn der Minderheit dabei zugleich ein Schadensausgleich gewährt wird. Aus der Befugnis der Hauptversammlungsmehrheit, nach § 243 Abs. 2 AktG zweckschädigende Beschlüsse fassen zu dürfen, kann aber nicht ohne weiteres auf ihre Kompetenz zu zweckändernden Beschlüssen geschlossen werden. Für einen solchen Schluß sind nähere Betrachtungen über die dem § 243 Abs. 2 AktG übertragene Aufgabe und die Stellung dieser Vorschrift im gesamten Aktienrecht erforderlich.

§ 243 Abs. 2 AktG entspricht vom Wortlaut her dem § 197 Abs. 2 AktG von 1937, der noch zusätzlich in seinem Satz 2 einen Hinweis auf § 101 Abs. 3 AktG 1937 enthielt, wodurch die Anfechtbarkeit gesellschaftsschädlicher Hauptversammlungsbeschlüsse für den Fall ausgeschlossen wurde, daß ein Sondervorteil angestrebt wurde, "der schutzwürdigen Belangen diene". Die Einschränkung des grundsätzlichen Verbots von Sondervorteilen zugunsten der Verfolgung "schutzwürdiger Belange" wurde unter dem alten Aktiengesetz allgemein als die sog. "Konzernklausel" bezeichnet ¹⁾, die es den Mehrheitsaktionären ermöglichen sollte, ihren Einfluß im Sinne eines bestimmten Konzerninteresses geltend zu machen, wobei nach allgemeiner Ansicht diese Einflußnahme nicht schrankenlos sein konnte, sondern an einen Schadensausgleich gebunden sein sollte ²⁾.

1) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 243 Anm. 5.

2) Vgl. dazu Schmidt, Großkommentar zum Aktiengesetz 1937, § 101 Anm. 8, mit weiteren Hinweisen, sowie Pleyer, Die Aktiengesellschaft 1959, S. 39 f.

Diese ihrem Ursprung nach konzernrechtliche Vorschrift hat bei ihrer Übernahme in das Aktiengesetz 1965 eine beträchtliche Einschränkung ihrer Bedeutung erfahren. Durch die nunmehr erfolgte Regelung des Interessenausgleichs in den Vorschriften über den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag in den §§ 291 und 300 ff. AktG ist weitgehend die Notwendigkeit beseitigt, im Konzern den § 243 Abs. 2 AktG zur Anwendung zu bringen. Dennoch hat diese Vorschrift auch unter dem neuen Aktiengesetz eine konzernrechtliche Bedeutung und wurde gerade aus diesem Grunde in das neue Gesetz mit übernommen ¹⁾. Das Aktiengesetz 1965 sieht nur für die Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in § 304 eine Ausgleichspflicht für Nachteile vor, die den außenstehenden Aktionären durch diese Verträge entstehen. Die anderen konzernrechtlichen Unternehmensverträge ²⁾ werden nach § 293 AktG ebenfalls von der Hauptversammlung beschlossen, ohne daß hier allerdings für nachteilige Verträge eine besondere Ausgleichspflicht vorgeschrieben wäre. Diese Lücke zu schließen, ist die Aufgabe des § 243 Abs. 2 AktG ³⁾. Diese Vorschrift gehört daher zum Konzernrecht und kann nur mit den übrigen konzernrechtlichen Regelungen zusammen Rückschlüsse auf die Frage zulassen, ob eine Änderung des Gesellschaftszwecks grundsätzlich nur durch einen einstimmigen Beschluß erfolgen kann.

Will man die Zulässigkeit einer mehrheitlich durch die Hauptversammlung zu beschließenden Zweckänderung allein auf § 243 Abs. 2 AktG stützen, so hat das die nicht vertretbare Konsequenz, daß allgemein schon die einfache Mehrheit eine Änderung des Gesellschaftszwecks beschließen könnte. § 243 Abs. 2 selbst verlangt nämlich nicht, daß der gesellschaftsschädliche Beschluß nur mit einer qualifizierten Mehrheit gefaßt werden kann. Danach könnte

1) Vgl. hierzu die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zu § 233 (dem späteren § 243) in BT-Drucks. IV Nr. 171 S. 201.

2) Nach § 292 AktG der Vertrag über eine Gewinngemeinschaft, der Teilgewinnabführungsvertrag sowie der Betriebspacht- und Überlassungsvertrag.

3) Godin-Wilhelmi, § 243 Anm. 5.

also schon jeder Mehrheitsaktionär aus einem Erwerbsunternehmen eine Gesellschaft mit ideeller Zwecksetzung und die Minderheitsaktionäre damit zu seinen "Rentnern" ¹⁾ machen. Das Vermögen der Aktionäre wird, ohne daß sie großen Einfluß darauf haben, einer Zweckbindung unterworfen, die sie ursprünglich nicht wollten und beim Erwerb ihrer Anteile regelmäßig auch nicht kannten. Für Aktiengesellschaften mit ursprünglich ideeller Zwecksetzung gilt dies entsprechend. Diese Konsequenz kann man nicht durch den Hinweis vermeiden, daß eine Änderung des Gesellschaftsgegenstandes nur durch eine Satzungsänderung, d. h. mit qualifizierter Mehrheit, möglich ist. Dies liefe auf eine unzulässige Gleichsetzung von Gesellschaftszweck und -gegenstand hinaus ²⁾.

Ist § 243 Abs. 2 AktG somit wegen seines Inhalts, seiner Konsequenzen und seiner Stellung als konzernrechtliche Vorschrift nicht geeignet, isoliert die Frage nach den Mehrheitserfordernissen bei einer Änderung des Gesellschaftszwecks zu beantworten, kommt somit nur noch die Gesamtheit der konzernrechtlichen Vorschriften des Aktiengesetzes als Prüfungsmaßstab in Betracht.

Wesensmerkmal der das neue Konzernrecht prägenden Unternehmensverträge ist, daß diese die Änderung des Gesellschaftszwecks einer AG bewirken ³⁾. Aus dieser Feststellung und letztlich unter Hinweis darauf, daß solche, den Gesellschaftszweck verändernde Unternehmensverträge nicht einstimmig abgeschlossen zu werden brauchen, zieht v. Falkenhausen ⁴⁾ die Konsequenz, daß nach dem Aktiengesetz allgemein eine Änderung des Gesellschaftszwecks nicht einstimmig zu erfolgen brauche, sondern mit qualifizierter Mehrheit erfolgen könne.

1) Vgl. zu diesem Begriff im vorl. Zusammenhang BGH NJW 60, S. 722; aufgrund dieses Arguments neigt auch der BGH der Auffassung zu, für die Zweckänderung einen einstimmigen Beschluß zu verlangen.

2) So aber Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 243. Zum Unterschied von Gesellschaftszweck und -gegenstand vgl. oben 1.

3) Vgl. Baumbach-Hueck, § 291 Rdnr. 3, sowie Würdinger, Konzernrecht, S. 282.

4) Siehe S. 68.

So richtig die ursprüngliche Feststellung auch ist, so wenig trifft doch die daraus gezogene Konsequenz zu. Der Hinweis auf die Möglichkeit einer mehrheitlich zu beschließenden Zweckänderung durch Unternehmensvertrag verdeutlicht nicht die Regel. Der Gesetzgeber mußte vielmehr - entsprechend seinem Willen, die Konzernbildung zu dulden - vom aktienrechtlichen Grundsatz der nur einstimmig möglichen Zweckänderung eine Ausnahme machen. Die Zulassung der Zweckänderung im Konzernrecht wäre überflüssig, wenn sie nach dem Aktienrecht ohnehin schon bestünde. Das Konzernrecht regelt nicht nur die Folgen für den Fall, daß Zweckänderungen und Sondervorteile im Rahmen eines Konzerns durchgesetzt werden; es begründet vielmehr auch abschließend die Zulässigkeit solcher Maßnahmen, indem es von dem Grundsatz ausgeht, daß "außerhalb von Konzernen die Erlangung von Sondervorteilen auf Kosten der anderen Aktionäre nicht schutzwürdig ist" ¹⁾. Die Duldung der Zweckänderung durch Mehrheitsentscheidung im Konzernrecht bestätigt somit nicht etwas Allgemeingültiges, sondern ihre ausdrückliche gesetzliche Zulassung verdeutlicht als Ausnahme die grundsätzliche Regel, daß Änderungen des Gesellschaftszwecks nur einstimmig erfolgen können.

Ist nach dem Aktiengesetz eine Änderung des Gesellschaftszwecks nur im Rahmen des Konzernrechts vorgesehen, so wäre allenfalls noch an eine analoge Anwendung dieser konzernrechtlichen Regelungen zu denken. Dies nehmen wohl v. Falkenhausen ²⁾ und im Anschluß an ihn auch Emmerich ³⁾ für den Fall einer staatlichen Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften an. Wenn eine Mehrheit schon eigene Interessen zum Nachteil der Gesellschaft

4) von S. 67:

Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 69; dieser Auffassung hat sich auch Emmerich, a.a.O. S. 243, angeschlossen.

1) So die amtliche Begründung zu § 233 (dem späteren § 243 AktG), BT-Drucks. IV Nr. 171 S. 201.

2) Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 69.

3) Wirtschaftsrecht, S. 243.

und ihrer Mitgesellschafter verfolgen kann, so lautet ihre Argumentation, so dürfte sie erst recht dazu befugt sein, die Interessen der Allgemeinheit zu verfolgen. In der Tat ist es von der Wertung der beteiligten Interessen her kaum einzusehen, daß einem privaten Mehrheitsaktionär das Recht gegeben sein soll, eine AG völlig auf seine Unternehmensinteressen auszurichten, wohingegen es einem staatlichen Aktionär nicht gestattet sein soll, ein Unternehmen durch Änderung des Gesellschaftszwecks in den Dienst der Allgemeinheit zu stellen. Trotzdem kommt ein Analogieschluß hier nicht in Betracht. Abgesehen davon, daß es sich bei der konzernrechtlichen Duldung der Zweckänderung durch Mehrheitsentscheidung um die Ausnahme von einem Grundsatz handelt und Ausnahmeverordnungen regelmäßig nicht analogiefähig sind ¹⁾, fehlt es auch an der notwendigen Ähnlichkeit der zu vergleichenden Tatbestände ²⁾. Die dargestellte und dem Analogieschluß zugrunde liegende Wertung vergleicht nämlich Dinge, die in diesem Zusammenhang gar nicht vergleichbar sind. Sie stellt fälschlicherweise einem durch das Konzernrecht zur größeren Wirkung verholfenen Privatinteresse eines Mehrheitsaktionärs ein außerhalb des Konzernrechts, d. h. für den aktienrechtlichen Normalfall in seiner Durchsetzbarkeit beschränktes Allgemeininteresse gegenüber. Dabei werden vom Aktien- und Konzernrecht Privat- und Allgemeininteresse gar nicht unterschiedlich behandelt. Das Aktienrecht verbietet außerhalb der Konzerne das Geltendmachen sowohl von privaten als auch von öffentlichen Sonderinteressen; im Konzern dürfen beide Interessen dagegen in dem dafür vorgeschriebenen Rahmen in gleicher Weise Sonderrechte anstreben. Wenn Aktien- und Konzernrecht aber alle Interessen gleich bewerten und auch gleichberechtigt behandeln, so wäre es keine Gleichbehandlung, sondern die Gewährung einer Sonderstellung für das Allgemeininteresse, wenn es nicht nur wie das Privatinteresse auch noch zusätzlich außerhalb des Konzernrechts mehr-

1) Larenz, Methodenlehre, S. 260; BGHZ 11, S. 143.

2) Vgl. dazu Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 144.

heitlich eine Änderung des Gesellschaftszwecks durchsetzen könnte. Unter Bezugnahme zweier Interessen aufeinander kann ein Analogieschluß aber nur ihre Gleichbehandlung erreichen, nicht aber die Sonderstellung eines gegenüber dem anderen Interesse rechtfertigen.

Durch Analogie zum Konzernrecht kann entgegen der Ansicht Emmerichs und v. Falkenhausens somit nicht das Recht eines staatlichen Aktionärs begründet werden, im Interesse der Allgemeinheit auch außerhalb eines Konzerns den Gesellschaftszweck einer AG ohne Zustimmung aller übrigen Aktionäre zu ändern. Eine durch Mehrheitsbeschluß durchsetzbare Änderung des Gesellschaftszwecks kommt somit auch für einen staatlichen Aktionär nur insoweit in Frage, als das Konzernrecht dies gestattet. Im übrigen bedarf es eines einstimmigen Beschlusses.

D Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften im Konzernrecht

Nach den bisher festgestellten Ergebnissen kann der Zweck einer AG, d. h. das Ziel ihres unternehmerischen Handelns, grundsätzlich nur einstimmig durch alle Gesellschafter bei der Gründung festgelegt bzw. später geändert werden. Von diesem Grundsatz macht das Aktienrecht nur für Konzernunternehmen eine Ausnahme. Diese Ausnahmeregelungen des Konzernrechts kann sich möglicherweise auch ein staatlicher Aktionär zunutze machen, um eine AG in seinem Sinne zu beeinflussen und um sie in ihrem Handeln auf seine Ziele hin auszurichten.

Das Konzernrecht bietet im wesentlichen zwei Möglichkeiten, eine AG, abweichend von ihrer ursprünglichen Zielsetzung, unternehmensfremden Zwecken unterzuordnen: den "Vertragskonzern" und den "faktischen Konzern"¹⁾. Ein Vertragskonzern entsteht durch

1) Vgl. zu diesen Begriffen Godin-Wilhelmi, § 18 Anm. 15.

die vertragliche Zusammenfassung von mindestens zwei Unternehmen. Die Zweckänderung der beteiligten AG ist dabei am nachhaltigsten, wenn es sich bei der vertraglichen Regelung um einen Beherrschungsvertrag nach § 291 AktG handelt. Inhalt des Beherrschungsvertrages ist nach § 308 AktG u. a. die Unterwerfung der AG unter die Leitung des anderen Unternehmens, wobei sich die AG verpflichten muß, allen Weisungen des herrschenden Unternehmens in bezug auf Leitung ihres Unternehmens Folge zu leisten ¹⁾. Der Beherrschungsvertrag begründet somit eine rechtliche Leitungsmacht über die beherrschte AG. Beim faktischen Konzern dagegen, den das Aktiengesetz in den §§ 311 ff. behandelt, beruht die Leitungsmacht nicht auf einer besonderen rechtlichen Regelung, sondern ist das Resultat tatsächlicher Einflußnahme auf die Gesellschaft. Diese "faktische Leitungsmacht" ²⁾, d. h. die von außen erfolgende Einflußnahme auf die Gesellschaftsorgane, wird hier, anders als im aktienrechtlichen Normalfall, bei Hinzutreten weiterer Umstände ausnahmsweise gestattet. Im Normalfall ist eine von außen erfolgende Einflußausübung rechtswidrig und führt bei einer Gesellschaftsschädigung nach § 117 AktG zu einer Schadensersatzverpflichtung. Im faktischen Konzern ist die Einflußnahme dagegen rechtmäßig ³⁾ und bleibt dies auch bei gesellschaftsschädlichen Einflüssen, sofern das einflußnehmende Unternehmen nach § 311 die entstehenden Nachteile ausgleicht.

Wer also eine AG auf seine Ziele hin ausrichten und die Leitungsmacht über sie erlangen will, muß mit der Gesellschaft entweder einen Beherrschungsvertrag nach § 291 AktG abschließen oder einen faktischen Konzern bilden. Ein Beherrschungsvertrag kann nach § 293 AktG mit Zustimmung einer Dreiviertelmehrheit der Hauptversammlung abgeschlossen werden und muß Regelun-

1) Vgl. Baumbach-Hueck, § 291 Rdnr. 5.

2) Vgl. Gessler, Der Betrieb 1965, S. 1692.

3) Vgl. Würdinger, Konzernrecht, S. 157, sowie Immenga, Betriebsberater 1970, S. 629 (633).

gen zur Entschädigung der außenstehenden Aktionäre und zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft enthalten. Zur Herrschaftsausübung im faktischen Konzern ist nur die "faktische" Abhängigkeit der AG von dem herrschenden Unternehmen nach § 17, gegebenenfalls die Anzeige nach § 20 AktG darüber, daß das herrschende Unternehmen mehr als ein Viertel der Aktien des abhängigen Unternehmens besitzt, sowie der bereits erwähnte Nachteilsausgleich nach § 311 AktG erforderlich.

Gemeinsame Voraussetzung aller konzernrechtlichen Regelungen ist darüber hinaus, daß die Leitungsmacht über die AG nur von einem "Unternehmen" ausgeübt werden kann.

I Der Unternehmensbegriff des Konzernrechts

Was unter einem zur Konzernbildung berechtigten "Unternehmen" zu verstehen ist, und ob hierunter eventuell auch die Gebietskörperschaften zu zählen sind, ist bisher nicht abschließend geklärt und weitgehend umstritten ¹⁾, was nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, daß der Gesetzgeber selbst ausdrücklich von einer Umschreibung des Unternehmensbegriffs "angesichts der großen praktischen Schwierigkeiten" abgesehen hat ²⁾. In der konzernrechtlichen Diskussion werden im wesentlichen zwei Unternehmensbegriffe vertreten, der funktionelle und der institutionelle.

Für den funktionellen Unternehmensbegriff wird argumentiert, daß es im Konzernrecht entscheidend auf den Schutz der außenstehenden Aktionäre und der Gläubiger im Falle eines Konfliktes mit den Interessen des herrschenden Unternehmens ankommt. Nach dieser Auffassung soll deshalb immer dann ein "Unternehmen"

1) Vgl. hierzu die ausführlichen Darstellungen bei Miegel, Der Unternehmensbegriff, sowie Meulenbergh, Möglichkeiten der Einflußnahme, S. 26 ff., und Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 213 ff., jeweils mit Hinweisen.

2) Begründung zu § 15 E AktG, BT-Drucks. IV Nr. 171 S. 99.

vorliegen, wenn ein Aktionär besondere Interessen, die ihren Ursprung in "marktstrategischen" ¹⁾ Überlegungen und in einem unternehmerischen Denken und Planen haben, entgegen dem Gesellschaftsinteresse durchsetzen kann ²⁾. Von den Vertretern des institutionellen Unternehmensbegriffs wird dagegen eingewandt, daß die verschiedenen Pflichten des Konzernrechts nicht davon abhängig gemacht werden können, was ein Großaktionär denkt und plant ³⁾. Verlangt wird von dem Institutionalistin daher ein objektiver Anknüpfungspunkt, in Form einer äußeren Veranstaltung, mit der sich ein möglicher Unternehmensträger am Wirtschaftsleben beteiligt ⁴⁾. Eine solche, ein Unternehmen kennzeichnende äußere Veranstaltung wird gesehen in einer "Zusammenfassung von beweglichen und unbeweglichen Sachen, Rechten und Verbindlichkeiten sowie immateriellen Werten (geschäftlichen Beziehungen, Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kundschaft usw.) zu einem Ganzen als Ausdruck der wirtschaftlichen Betätigung und Leistung des Unternehmers, losgelöst von seiner Person und der Person der mit ihm Schaffenden" ⁵⁾ oder schlicht in einem Gewerbebetrieb ⁶⁾.

Ergänzend hierzu, und damit praktisch als dritte Lösungsmöglichkeit, nehmen Würdinger ⁷⁾ und im Anschluß an ihn auch Baumbach-Hueck ⁸⁾ sowie Meulenbergh ⁹⁾ ein "Unternehmen" dann an, wenn ein Aktionär in mehr als einer AG oder in einer AG und einem oder mehreren Unternehmen anderer Rechtsform

1) Vgl. Möhring, NJW 67, S. 1.

2) So insbesondere Kropff, Betriebsberater 1965, S. 1285.

3) Vgl. Schäfer, NJW 1967, S. 1741.

4) Miegel, Unternehmensbegriff, S. 37.

5) Rasch, Deutsches Konzernrecht, S. 24.

6) So Würdinger, Konzernrecht, S. 263; nach Miegel, a.a.O. S. 148 f., ist von dem Gewerbebetriebsbegriff des § 1 HGB auszugehen.

7) A.a.O.

8) § 15 Rdnr. 4.

9) A.a.O. S. 37.

gleichzeitig einen über die bloße Verwaltung seiner Beteiligung hinausgehenden unternehmerischen Einfluß hat. In diesen Fällen, so wird zur Begründung gesagt, liegt die Gefahr nahe, daß der herrschende Aktionär die ihm zustehende Einflußmöglichkeit auf die AG benutzt, um die Gesellschaft dem Interesse eines anderen Betriebes nutzbar zu machen.

Bei einer rechtlichen Würdigung der drei aufgeführten Ansichten ist für die letztgenannte zu sagen, daß sie zwar Recht in der Annahme hat, eine Beteiligung an bzw. eine Betätigung für zwei verschiedene Unternehmen könne zu Interessenkonflikten führen. Diese Ansicht übersieht aber, daß nach dem Aktiengesetz selbst nicht alle Personen oder Einrichtungen, in denen verschiedene Interessen zusammenlaufen, zu "Unternehmen" werden. So können nach § 18 Abs. 2 AktG mehrere rechtlich selbständige und nicht voneinander abhängige Unternehmen unter einheitlicher Leitung in einem sog. "Gleichordnungskonzern"¹⁾ zusammengefaßt werden, ohne daß das Leitungsorgan zum "Unternehmen" wird. Dies gilt auch dann, wenn "die Anteile der Konzernunternehmen in der Hand eines Eigentümers, der kein Unternehmen ist, vereinigt sind"²⁾. Wenn aber nach dem Aktiengesetz eine Person Großaktionär bei zwei verschiedenen Gesellschaften sein kann, ohne "Unternehmen" i. S. des Konzernrechts zu werden, so kann auch nicht, wie es die dritte der aufgeführten Meinungen tut, allein aus der Beteiligung an zwei Gesellschaften auf die Unternehmensqualität geschlossen werden.

Aus der Feststellung, daß jemand Eigentümer von Kapitalanteilen verschiedener Gesellschaften sein kann, ohne "Unternehmen" zu werden, ergeben sich zugleich auch die entscheidenden Bedenken

1) Vgl. dazu Godin-Wilhelmi, § 18 Anm. 15.

2) So die Begründung zu § 17 EAktG 1965, BT-Drucks. IV Nr. 171 S. 101, vgl. dazu auch Bolsenkötter, Der Betrieb 1967, S. 1100.

gegen den "funktionellen" Unternehmensbegriff. Begründet diese Auffassung doch die Unternehmensqualität mit den Interessenkollisionen in einer Person, ohne daß sie zu erklären vermag, wieso im Falle des "Gleichordnungskonzerns" nach § 18 Abs. 2 AktG das Leitungsorgan bzw. der Kapitaleigner verschiedener Gesellschaften nicht "Unternehmen" sein soll, obwohl hier doch die Interessenkonflikte offenkundig sind.

Diese aus gesetzessystematischen Überlegungen hergeleiteten Bedenken gegen den funktionellen Unternehmensbegriff werden ergänzt durch eine teleologische Argumentation. Die "Funktionalisten" begründen ihre Theorie im wesentlichen teleologisch, wenn sie die Absicht des Konzernrechts hervorheben, für den Schutz der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger bei einem Konflikt mit den Interessen des herrschenden Unternehmens¹⁾ zu sorgen. Diese festgestellte Absicht des Konzernrechts trifft zwar zu, die Verfechter der funktionellen Theorie übersehen aber, daß der Minderheitenschutz nicht der Primärzweck des Konzernrechts, sondern nur die Konsequenz aus dem Willen des Gesetzgebers ist, eine Konzernbildung und eine vom aktienrechtlichen Normalfall abweichende gesteigerte Leitungsmacht von Großaktionären zuzulassen. Das Konzernrecht ist nicht ausschließlich ein Recht des Minderheitenschutzes, sondern ein Kompromiß, der aus der Absicht des Gesetzgebers resultiert, "das Herrschaftsbedürfnis der Großunternehmen als daseinsberechtigt und die Vermögenswerte der Kleinaktionäre als schutzwürdig anzuerkennen"²⁾.

Konzernrechtlicher Minderheitenschutz ist also immer verbunden mit gesteigerter Herrschaftsbefugnis des Großaktionärs und im Ergebnis geringer als im aktienrechtlichen Normalfall. Wer dem Kleinaktionär einer AG den konzernrechtlichen Minderheiten-

1) Vgl. Kropff, Betriebsberater 1965, S. 1285, sowie Möhring, NJW 1967, S. 1.

2) Bachelin, Konzernrechtlicher Minderheitenschutz, S. 2.

schutz gewähren will, verbessert nicht, sondern verschlechtert seine Position. Ist er im Normalfall voll an den Erträgen der Gesellschaft beteiligt und weiß er, daß der Zweck seiner Gesellschaft ohne seine Zustimmung nicht geändert werden kann, daß gegen die Gesellschaft und ihre Zwecke gerichtete Maßnahmen der Gesellschaftsorgane und außenstehender Dritter rechtswidrig sind und von ihm notfalls mit einem Unterlassungsanspruch abgewehrt werden können, sowie einen Schadensersatzanspruch nach §§ 93 Abs. 2, 116 und 117 AktG begründen, so muß er sich als Aktionär einer Konzerngesellschaft mit einer rechtlich weniger geschützten Position abfinden. Im Konzern muß er es hinnehmen, daß das Unternehmen unter fremde Leitungsmacht gerät, der Gesellschaftszweck ohne seine Zustimmung geändert werden kann und gesellschaftsschädigende Maßnahmen außenstehender Dritter rechtmäßig sein können und von ihm geduldet werden müssen, wodurch er von einem Mitunternehmer zum "Rentner" ¹⁾ wird. Den einzigen "Vorteil", den er erhält, ist, daß ihm nach § 20 AktG noch mitgeteilt werden muß, wie sehr sich in Zukunft seine Situation verschlechtern wird. Wer demnach - wie die funktionelle Unternehmenstheorie - den Schutz der Kleinaktionäre bezweckt, muß daher - anders als diese Theorie - nachdrücklich darum bemüht sein, den Unternehmensbegriff des Konzernrechts eng auszulegen, andernfalls erweist er den Kleinaktionären einen Bärendienst.

Für die Ermittlung des konzernrechtlichen Unternehmensbegriffs ist demnach nicht zu fragen, welchem Großaktionär die Unternehmensqualität zuzusprechen ist, damit ein möglichst umfassender Minderheitenschutz gewährleistet ist; zu fragen ist vielmehr, welche Großaktionäre der Gesetzgeber - im Ergebnis zu Lasten der Kleinaktionäre - letztlich privilegieren wollte ²⁾. Das Konzernrecht muß aufgrund seiner Entstehung und Entwicklung vor al-

1) Vgl. BGH NJW 1960 S. 722.

2) Zur Privilegierung der Mehrheit gegenüber der Minderheit durch die Konzernbildung vgl. insbesondere auch BVerfGE 14, S. 263 (280 f.) (Feldmühle-Urteil).

lem als ein Mittel zur Gestaltung der gewerblichen Wirtschaft verstanden werden. Der Gesetzgeber wollte dem von ihm als berechtigt anerkannten Bedürfnis der Wirtschaft Rechnung tragen, sich in bestimmten Grenzen ökonomisch und rationell überbetrieblich zu organisieren. Die Privilegierung überbetrieblicher Organisationen setzt organisationsfähige Einzelbestandteile voraus. Weder Eigentum im allgemeinen noch Kapitalanteile an Aktiengesellschaften im besonderen kommen aber als solche organisationsfähigen Untergliederungen in Betracht. Organisationsfähig ist nur eine äußere Wirklichkeit, nicht aber die hinter dieser Wirklichkeit stehende rechtliche Zuordnung. Das Erfordernis einer äußeren Wirklichkeit als Grundlage überbetrieblicher Organisation deckt sich mit der Forderung der "institutionellen" Unternehmenstheorie, die für ein "Unternehmen" im Sinne des Konzernrechts eine "äußere Veranstaltung" ¹⁾ bzw. als objektives Merkmal das Vorliegen eines "wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes" ²⁾ verlangt. Für die Organisationsfähigkeit einer solchen äußeren Veranstaltung und damit für ihre Unternehmensqualität im Sinne des Konzernrechts ist es gleichgültig, in welcher Rechtsform das "Unternehmen" betrieben wird. Es kann sich um einen Einzelkaufmann, um eine Personengesellschaft, eine BGB-Gesellschaft oder juristische Personen handeln. In Frage kommen auch Gesamthands- oder Sondervermögen. In allen Fällen ist aber Voraussetzung, daß sie am Wirtschaftsleben und am Rechtsverkehr teilnehmen können ³⁾.

II Der Staat ein "Unternehmen" im Sinne des Konzernrechts?

Geht man unter Berücksichtigung der bisher gefundenen Ergebnisse der Frage nach, ob der Staat bzw. die Gebietskörperschaften "Unternehmen" im Sinne des Konzernrechts sein können und sich der Staat dadurch die konzernrechtlichen Möglichkeiten der ge-

1) Vgl. die Zusammenfassung bei Miegel, Unternehmensbegriff, S. 37.

2) Schäfer, NJW 1967, S. 1741.

3) Vgl. dazu Godin-Wilhelmi, § 15 Anm. 2.

steigerten Leitungsmacht über eine AG zunutze machen kann, so muß man Bernhardt ¹⁾ bestätigen, der in diesem Zusammenhang von einem nicht leicht lösbaren "Grenzfall" spricht.

1. Die Ansichten des konzernrechtlichen Schrifttums

Im konzernrechtlichen Schrifttum wird die Frage - sofern sie überhaupt behandelt wird - auch innerhalb der verschiedenen Unternehmenstheorien verschieden beantwortet. Obwohl auch gerade bei staatlicher Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften das Beteiligungsinteresse des staatlichen Aktionärs mit dem der übrigen Aktionäre häufig kollidiert, für die "Funktionalisten" also aller Anlaß bestünde, die Unternehmensqualität der beteiligten Gebietskörperschaft anzunehmen, wird sie von ihnen mit der Begründung verneint, daß die beteiligten Gebietskörperschaften sich regelmäßig auf die bloße Verwaltung ihrer Anteile beschränkten und nicht für ihre Beteiligungsgesellschaften planten und sie auch nicht lenkten ²⁾. Brauksiepe ³⁾ verneint die Unternehmensqualität des Staates dagegen mit der Begründung, daß das kollidierende andere Interesse "öffentlicher Natur" sei und deshalb nicht nach dem Konzernrecht, sondern nach dem öffentlichen Recht zu bewerten sei. Angenommen wird die Unternehmenseigenschaft dagegen vielfach für die Gebietskörperschaften, die an mehreren gewerblichen Gesellschaften gleichzeitig beteiligt sind, da hier immer ein Interessenkonflikt vorliegen soll ⁴⁾.

Unabhängig davon, ob die genannten Ansichten in sich schlüssig sind und ob sie vom Ergebnis her zutreffen, kann ihnen nicht zugestimmt werden. Basieren sie doch auf dem in der vorange-

1) Bernhardt, Betriebsberater 1966, S. 678 (679).

2) So Kropff, Betriebsberater 1965, S. 1285, für den Bund.

3) Betriebsberater 1966, S. 872.

4) Vgl. dazu Leo, Die Aktiengesellschaft 1965, S. 353; Schäfer, Betriebsberater 1966, S. 231, und Wassmuth, Der Städtetag 1967, S. 46.

gangenen Untersuchung für das Konzernrecht im allgemeinen abgelehnten funktionellen Unternehmensbegriff.

Auf der Grundlage des hier vertretenen institutionellen Unternehmensbegriffs und der vom Gesetzgeber mit der Schaffung des Konzernrechts verfolgten Absicht ist die Unternehmensfähigkeit der Gebietskörperschaften als solcher abzulehnen. Gebietskörperschaften sind zwar organisationsfähig und können Teileinheiten eines größeren Ganzen sein. In ihrer Gesamtheit kann eine Gebietskörperschaft aber nicht in ein vom Gesetzgeber für den Privatrechtsverkehr und vor allem für die gewerbliche Wirtschaft entwickeltes System eingegliedert werden. Genau wie für die Privaktionäre gilt auch für die Gebietskörperschaften, daß sie nicht Konzernunternehmen sind, sondern allenfalls welche haben oder an welchen beteiligt sein können ¹⁾. Solange der konzernrechtliche Unternehmensbegriff überhaupt eine eigenständige Bedeutung haben soll, muß er etwas anderes, außerhalb der Eigentümerstellung Liegendes umfassen. Diese notwendige Trennung der konzernrechtlichen "Unternehmen" von den sie jeweils besitzenden "Unternehmern" gilt nicht nur für Aktiengesellschaften im Bereich der gewerblichen Wirtschaft, die der Gesetzgeber vorrangig im Auge hatte. Das Aktienrecht gestattet nicht nur die Bildung von Aktiengesellschaften mit ideeller Zwecksetzung, sondern erlaubt auch ideelle Konzerne, indem es entgegen dem früheren Recht auf das Erfordernis verzichtet, daß Konzerne nur "zu wirtschaftlichen Zwecken" gebildet werden dürfen ²⁾. Auch hier kann es keine Identität von Unternehmen und Unternehmer geben. Genausowenig wie im Bereich der gewerblichen Wirtschaft ein staatlicher Aktionär zum Gewerbebetrieb wird, sondern nur einen solchen betreiben kann, wird eine Gebietskörperschaft bei Beteiligung an einem oder mehreren Gesellschaften mit ideeller Zielsetzung selbst zu einem "ideellen Unternehmen".

1) Vgl. Bolsenkötter, Der Betrieb 1967, S. 1101.

2) So ausdrücklich die Erläuterungen zu § 17 EAktG, BT-Drucks. IV Nr. 171 S. 101.

Da eine Gebietskörperschaft somit selbst nicht Unternehmen sein, sondern nur solche haben kann, muß sie bei einer beabsichtigten Konzernbildung besondere Einrichtungen schaffen bzw. sich an solchen beteiligen ¹⁾. Als solche kommen juristische Personen des Privatrechts, also z. B. Aktiengesellschaften, Gesellschaften mbH oder juristische Personen des öffentlichen Rechts wie Anstalten, Stiftungen und Körperschaften mit unternehmerischem Auftrag in Betracht. Zu den möglichen konzernrechtlichen "Unternehmen" sind auch die Sondervermögen der öffentlichen Hand wie z. B. die organisatorisch verselbständigten Eigenbetriebe der Gemeinden sowie Bundespost und Bundesbahn zu rechnen ²⁾. Das gleiche dürfte auch für die von Püttner ³⁾ aufgeführten selbständigen Nebenbetriebe wie die Werbefernsehgesellschaften oder die selbständigen Reklamegesellschaften gelten.

2. Die Ansicht Emmerichs

Hat sich in der vorangegangenen Untersuchung gezeigt, daß das Konzernrecht selbst den Gebietskörperschaften nicht die Qualität eines "Unternehmens" zuspricht, so bleibt zu klären, ob die konzernrechtlichen Vorschriften nicht wenigstens sinngemäß auf die Beteiligung der öffentlichen Hand an Aktiengesellschaften anzuwenden sind. Diese Frage hat im öffentlich-rechtlichen Schrifttum vor allem Emmerich ⁴⁾ eingehend geprüft und im Ergebnis bejaht ⁵⁾.

-
- 1) Vgl. dazu auch Godin-Wilhelmi, § 15 Anm. 4; im Ergebnis ebenso Geßler, in: Geßler-Hefermehl, § 15 Rdnr. 53-58.
 - 2) Zur Unternehmensqualität der Bundesbahn ausdrücklich auch Miegel, Unternehmensbegriff, S. 153.
 - 3) Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 70.
 - 4) Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 215 ff., bes. S. 219.
 - 5) Zum gleichen Ergebnis kommt auch Püttner in Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 85, und in Öffentliche Unternehmen, S. 321 (Fußnote 92), der die Zulässigkeit von Konzernverträgen der öffentlichen Hand mit der Begründung bejaht, daß sie nicht verboten seien. Im öffentlich-rechtlichen Schrifttum sprechen sich dagegen Klein, Teilnahme, S. 92, Rübner, Formen, S. 261, und Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 195, gegen die Anwendbarkeit des Konzernrechts auf die Beteiligung der öffentlichen Hand an Aktiengesellschaften jeweils ohne ausführlichere Begründung aus.

Ausgehend von dem konzernrechtlichen Theorienstreit, den er bei dieser Frage letztlich für unfruchtbar hält, weist er darauf hin, daß danach zwar die Unternehmensqualität in jedem Falle zu bejahen sei. Die Gebietskörperschaften seien regelmäßig an mehreren Unternehmen mit der Gefahr von Interessenkonflikten beteiligt und planten und handelten bei der Verwaltung dieser Unternehmen auch unternehmerisch (funktionelle Theorie)¹⁾. Das von der institutionellen Theorie geforderte objektive Unternehmensmerkmal habe beim Staat keine Bedeutung und sei deshalb entbehrlich. Da der Staat keine Privatsphäre habe, entfielen bei ihm auch die Notwendigkeit, anhand eines objektiven Merkmals Unternehmenssphäre und Privatsphäre zu unterscheiden²⁾.

Unabhängig von der Frage, ob den Gebietskörperschaften eine Unternehmensqualität zukommt oder nicht, stellt Emmerich aber für die Anwendung des Konzernrechts auf die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften klar, daß dies nur analog geschehen könne, da der Gesetzgeber nicht daran gedacht habe, die Beziehungen der öffentlichen Hand zu ihren Unternehmen könne dem Konzernrecht unterstellt werden³⁾. Die Notwendigkeit, die dadurch entstandene Lücke durch Fortentwicklung des Konzernrechts und seiner sinngemäßen Anwendung zu schließen, begründet Emmerich letztlich mit der Zweckmäßigkeit und Praktikabilität der konzernrechtlichen Lösung vorhandener Interessenkonflikte. Würde man die besonderen Abmachungen der öffentlichen Hand mit ihren Beteiligungsgesellschaften als "Beherrschungsverträge" ansehen, so würden die konzernrechtlichen Folgevorschriften der §§ 293 ff., 300 ff., 304 ff., 308 ff. in hervorragendem Maße geeignet sein, die mit einer staatlichen Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften verbundenen Probleme zu lösen⁴⁾. Die Vorteile bei einer Anwendung des Konzernrechts sieht Emmerich aber nicht nur bei den

1) A. a. O. S. 214.

2) A. a. O. S. 215.

3) A. a. O. S. 219.

4) A. a. O. S. 218 f.

durch Beherrschungsvertrag entstehenden "Vertragskonzernen", sondern auch für die auf tatsächlichem Einfluß basierenden "faktischen Konzerne"¹⁾. Auch hier sollen seiner Ansicht nach die konzernrechtlichen Folgevorschriften der §§ 311 ff. AktG in der Lage sein, die Interessenkonflikte zwischen staatlichem Aktionär und privaten Minderheitsaktionären auszugleichen²⁾.

Die von Emmerich vorgeschlagene analoge Anwendung der konzernrechtlichen Vorschriften auf eine staatliche Beteiligung an Aktiengesellschaften erscheint auf den ersten Blick geeignet, mit einem Schlag den gordischen Knoten der mit einer solchen staatlichen Betätigung verbundenen Probleme zu durchschlagen. Trotzdem stößt sie auf erhebliche Bedenken und kann im Ergebnis nicht akzeptiert werden. Die Bedenken ergeben sich einmal schon aus der fehlenden Konsequenz in der vorgeschlagenen analogen Anwendung der konzernrechtlichen Vorschriften. Unterstellt man die staatliche Beteiligung an Aktiengesellschaften dem Konzernrecht mit der Begründung, daß hier die gleichen Interessenkonflikte bestehen wie im normalen Konzern, dann muß man aber auch in der Anwendung des übernommenen Rechtes konsequent bleiben. Die Grenzen analoger Anwendung werden aber gesprengt, wenn man - wie Emmerich - die besonderen Abmachungen der öffentlichen Hand mit ihren Gesellschaften einerseits als Beherrschungsvertrag auffaßt, andererseits aber für diese "Beherrschungsverträge" nicht die vom Konzernrecht vorgeschriebenen formellen Voraussetzungen wahrt³⁾, sondern es genügen läßt, wenn sich der Staat einen "nachhaltigen Einfluß auf die Gesellschaft gesichert hat"⁴⁾. Wenn man eine analoge Anwendung mit dem Hinweis auf eine Lücke im Gesetz und dem Vorliegen einer gleichen Interessenlage will, dann ist der zu regelnde Sachverhalt auch voll und

1) A.a.O. S. 221 f.

2) A.a.O. S. 228.

3) Dies fordert ausdrücklich Püttner, *Recht der kommunalen Energieversorgung*, S. 86.

4) A.a.O. S. 219.

ganz dem übernommenen Recht zu unterstellen. Lückenfüllung in Tatbestand und Rechtsfolge ist aber keine analoge Anwendung mehr, sondern gesetzesfreie eigene Ermessensentscheidung.

Ein noch grundsätzlicheres Bedenken gegen den Vorschlag Emmerichs, das Konzernrecht auf den staatlichen Aktionär anzuwenden, ergibt sich aus der Gleichstellung des normalen konzernrechtlichen Interessenkonfliktes mit dem Konflikt, der im Falle einer staatlichen Beteiligung an Aktiengesellschaften entsteht. Emmerich übersieht, ähnlich wie vor ihm die Vertreter der funktionellen Unternehmenstheorie ¹⁾, daß das Konzernrecht nicht nur Minderheitenschutz umfaßt, sondern in erster Linie Herrschaftserweiterung für einen Großaktionär bedeutet und daß die Lösung von Interessenkonflikten außerhalb des Konzernrechts im normalen Aktienrecht viel wirkungsvoller zugunsten des Kleinaktionärs ausgefallen ist. Gibt es aber sowohl innerhalb als auch außerhalb des Konzernrechts Regelungen für die allgemeinen Interessenkonflikte zwischen Groß- und Kleinaktionären, dann kann der spezielle Interessenkonflikt zwischen staatlichem Großaktionär und den privaten Kleinaktionären nicht mit der Begründung, daß Interessenkonflikte gelöst werden sollen, dem einen oder anderen Recht unterstellt werden.

Der Unterschied zwischen konzernrechtlicher und gewöhnlicher aktienrechtlicher Konfliktlösung liegt darin, daß erstere die gewollte Privilegierung des Großaktionärs in ihr System einzubauen hat, während letztere eine solche Privilegierung nicht kennt. Für die Frage, ob das Konzernrecht auf die staatliche Beteiligung an Aktiengesellschaften Anwendung findet, kommt es nicht darauf an, welcher Konfliktregelungsmechanismus am zweckmäßigsten erscheint, sondern es ist vielmehr vorab die Frage zu klären, ob das Aktiengesetz die Privilegierung bestimmter Groß-

1) Vgl. dazu oben § 3 D II 1.

aktionäre auch auf den staatlichen Großaktionär erstrecken wollte. Nur wenn dies zu bejahen ist, darf das Konzernrecht zur Anwendung kommen¹⁾. Erst aufgrund einer solchen Privilegierung darf dem staatlichen Aktionär das Recht gegeben werden, ohne Zustimmung aller Aktionäre den Zweck der Gesellschaft durch Abschluß eines Beherrschungsvertrages nach § 291 AktG zu ändern und die Leitungsmacht über das Unternehmen an sich zu ziehen. Erst dann können gesellschaftsschädliche Geschäfte rechtmäßig sein und führen nicht zu einer Pflichtverletzung der Unternehmensorgane. Erst dadurch wird es möglich, daß die Gesellschaft nicht mehr den Interessen aller ihrer Aktionäre dient, sondern dem Interesse des herrschenden Unternehmens allein unterstellt wird²⁾. Erst in einem solchen Fall können nach § 304 und § 311 AktG die Kleinaktionäre aus ihrer Unternehmerrolle in die Position eines Rentenempfängers verdrängt werden.

Hat nun das Aktiengesetz eine solche Privilegierung des staatlichen Aktionärs gewollt? Hierfür findet sich im Konzernrecht kein Hinweis. Das Konzernrecht will "Unternehmen" privilegieren und damit Organisationsformen und nicht die jeweiligen Eigentümer dieser Organisationen, unabhängig davon, welche Interessen sie verfolgen. Mit Hilfe des Konzernrechts soll nicht die Macht eines einzelnen Großaktionärs um ihrer selbst willen oder im aus-

1) Die vom Gesetzgeber gewollte Privilegierung der "Unternehmen" durch das Konzernrecht zeigt, daß die Ansicht Püttners in Öffentliche Unternehmen S. 321 (Fn. 92) nicht zutreffen kann, wonach auch "Nichtunternehmer" Organschaftsverträge sollen abschließen können, weil das vom Gesetz nicht ausdrücklich verboten sei. Zur Privilegierung der herrschenden Unternehmen im faktischen Konzern vgl. auch Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Vorbem. zu § 311 Rdnr. 7: § 311 AktG begünstigt das herrschende Unternehmen, "indem es ihm überhaupt, wenn auch nur um den Preis entsprechender Vorteile, erlaubt, auf die abhängige Gesellschaft in nachteiliger Weise einzuwirken".

2) Würdinger, Konzernrecht, S. 282.

schließlichen Interesse des jeweiligen Großaktionärs noch vergrößert werden können. Durch das Konzernrecht sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers vielmehr eine im allgemeinen Interesse liegende Möglichkeit zum Aufbau einer wirtschaftlich zweckmäßigen Unternehmensstruktur geschaffen werden ¹⁾. Auch wenn sich im Ergebnis die Förderung bestimmter Unternehmensstrukturen auch als Förderung der Interessen des jeweiligen Großaktionärs auswirkt, so ist doch der Unterschied zwischen bloßem Großaktionär und "Unternehmen" von Bedeutung. Jedes privilegierte "Unternehmen" ist zwar zugleich auch immer Großaktionär, aber nicht jeder Großaktionär ist zugleich auch "Unternehmen". Da nach dem Willen des Gesetzgebers Anknüpfungspunkt der Sonderstellung nicht ein bestimmter Rechtsträger, sondern ein bestimmtes, sich aus tatsächlichen Merkmalen ergebendes Organisationsgebilde ist, muß der Großaktionär, der sich die Vorteile des Konzernrechts zunutze machen will, zunächst eine bestimmte Organisationsform schaffen.

Für eine staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften besteht kein Anlaß, von diesen Grundsätzen abzuweichen. Da Gebietskörperschaften, wie bereits oben dargelegt ²⁾, im Konzernrecht selbst nicht organisationsfähig sind, können sie also nur Eigentümer privilegierungsfähiger Organisationsgebilde, d. h. von "Unternehmen" sein.

Da Privilegierungen als Ausnahme von der Regel nicht analogiefähig sind ³⁾ und kein konzernrechtlicher Grund dafür spricht, den staatlichen Großaktionär anders zu behandeln als den privaten Großaktionär, können die konzernrechtlichen Vorschriften auf eine staatliche Kapitalbeteiligung auch nicht analog angewandt wer-

1) Ob der Gesetzgeber dieses Ziel erreicht hat, ist eine andere, hier nicht interessierende Frage.

2) Vgl. oben § 3 D II 1.

3) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 260; BGHZ 11 S. 143.

den. Der staatliche Aktionär muß, wenn er für sich eine Konzernbildung und die damit erhöhten Leitungsbefugnisse über eine AG wünscht, nach dem geltenden Recht Sonderorganisationen mit Unternehmenscharakter bilden¹⁾. Dieses, auch für private Großaktionäre geltende Erfordernis ist nicht mit der Begründung, es handele sich um reinen Formalismus, zu umgehen. Der Gesetzgeber selbst hat einen formalen Anknüpfungspunkt gewählt, dessen Mißachtung das Konzernrecht zu einem reinen innergesellschaftlichen Herrschaftsrecht reduzieren und es damit seines eigentlichen Kerns, der unternehmensübergreifenden Organisation, berauben würde. Ist das Vorhandensein von "Unternehmen" Voraussetzung für die Anwendung des Konzernrechts, so bedeutet es umgekehrt auch keinen unzulässigen formalen Umweg, wenn ein privater oder staatlicher Großaktionär seine Beteiligung an einer AG einem bereits bestehenden oder eigens hierfür errichteten Unternehmen zuordnet, um dadurch die Möglichkeit zur Konzernbildung und zur Einflußvergrößerung zu schaffen.

Die Ansicht Emmerichs findet im geltenden Recht somit keine Grundlage und kann allenfalls de lege ferenda in die Betrachtung mit einbezogen werden. Der Gesetzgeber hätte in diesem Falle den organisationsbezogenen Unternehmensbegriff aufheben und statt der "Unternehmen" allgemein die "Großaktionäre" zu privilegieren oder aber unter Aufrechterhaltung des Unternehmensbegriffs ergänzend die Privilegierung ausdrücklich auch auf die "Genietskörperschaften" zu erstrecken.

Alles in allem läßt sich somit für die konzernrechtlichen Möglichkeiten eines staatlichen Aktionärs sagen, daß er selbst nicht unmittelbar Konzernunternehmen sein kann. Will sich der Staat das Konzernrecht zunutze machen, um eine AG vollständig unter seine Leitungsmacht zu bringen und sie auf seine Zwecke hin auszurichten, so muß er zuvor eine besondere Organisation als kon-

1) Vgl. dazu oben § 3 D II 1.

zernrechtliches "Unternehmen" in Form einer besonderen juristischen Person oder eines organisatorisch verselbständigten Sondervermögens mit Unternehmenscharakter bilden.

§ 4 Einflußerweiternde Verträge nach dem Aktiengesetz

Die Einflußmöglichkeiten auf das Verhalten einer AG werden in erster Linie vom Aktiengesetz selbst begründet. Es bestimmt, welche Rechte und Pflichten die verschiedenen Gesellschaftsorgane im Verhältnis zueinander haben, in welchem Maße welches Organ auf das Verhalten der übrigen Organe Einfluß nehmen kann, welche Möglichkeiten der Beeinflussung des Gesellschaftshandelns dem einzelnen Aktionär und welche einem herrschenden Konzernunternehmen gegeben sind und wie die Ziele des unternehmerischen Handelns der Gesellschaft definiert werden.

Zu untersuchen bleibt die Frage, ob das Aktiengesetz eine Erweiterung bzw. Beschränkung dieser Einflußmöglichkeiten insbesondere durch einen Vertrag mit außenstehenden Dritten zuläßt und ob dadurch für die öffentliche Hand eine weitere Möglichkeit besteht, auf eine Aktiengesellschaft Einfluß zu nehmen. Hierbei soll zwischen Verträgen, die auf eine Änderung der inneren Struktur der AG abzielen, und solchen, die eine Beeinflussung des Verhaltens der Gesellschaft bezwecken, unterschieden werden.

A Strukturverändernde Verträge

Unter den strukturverändernden Verträgen sollen hier die vom Aktiengesetz nicht vorgesehenen Vereinbarungen zur Gestaltung und Änderung der den Gesellschaftsorganen und den Aktionären innergesellschaftlich zugeordneten Rechte und Pflichten behandelt werden.

Die Struktur einer AG wird grundsätzlich durch das Aktiengesetz selbst und in dessen Rahmen von der jeweiligen Satzung der Gesellschaft bestimmt. Fraglich ist, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang über diese Regelungen hinaus durch Verträge mit außenstehenden Dritten auf die gesetzlich und satzungsrechtlich vorgegebene Zuständigkeitsverteilung einer AG Einfluß genommen werden kann.

Die Organe einer AG und ihre Aktionäre können von den ihnen nach dem Aktiengesetz obliegenden Rechten und Pflichten grundsätzlich nicht abweichen. Die diesbezüglichen Vorschriften sind nach § 23 Abs. IV AktG zwingendes Recht. Regelungen, die diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind rechtswidrig und nichtig¹⁾. Ein Aktionär, einzelne Gesellschaftsorgane oder außenstehende Dritte können demnach einen rechtlichen oder tatsächlichen Einfluß auf die Gesellschaft nicht dazu benutzen, um die gesetzlich geregelte Zuständigkeitsverteilung mit anderen als den vom Gesetz selbst vorgeschriebenen Mitteln zu ändern und die Gesellschaft kann auch keine dementsprechenden Verträge abschließen. Weder kann der Hauptversammlung die Befugnis zur Satzungsgestaltung noch dem Aufsichtsrat die Kontrollrechte oder dem Vorstand die grundsätzlich eigenverantwortliche Geschäftsführungsbefugnis genommen werden oder die Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane in vom Gesetz abweichender Form geregelt werden.

Diese zwingende Wirkung war für die sehr ähnlichen Regelungen des Aktiengesetzes 1937 nicht unbestritten. Im Hinblick auf konzernrechtliche Regelungen und unter Berücksichtigung der dort besonders deutlich hervortretenden starken Stellung des Vorstandes neigte eine herrschende Meinung im Gegenteil sogar zu der Auffassung, daß der Vorstand satzungsändernde Verträge mit außenstehenden Dritten abschließen bzw. sich vertraglich deren

1) Vgl. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 199 mit weiteren Hinweisen.

Weisungen sollte unterwerfen können ¹⁾. Die für diese Ansicht vorgebrachten konzernrechtlichen Argumente vermögen allerdings für das neue Aktiengesetz von 1965 nicht mehr zu überzeugen, da hier das Konzernrecht eine eingehende und abschließende Regelung getroffen hat. Da es strukturverändernde Maßnahmen für eine AG nach dem neuen Aktiengesetz nur noch in dem abschließend geregelten Konzernrecht gibt, scheiden alle außerkonzernrechtlichen Mittel zur Änderung der normalen innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung aus. Alle einflußausübenden Maßnahmen von Aktionären oder außenstehenden Dritten und alle Verträge, die der Vorstand einer AG in Ausübung seiner Vertretungsbefugnis mit außenstehenden Dritten abschließt und die diese innergesellschaftliche Kompetenzverteilung entgegen dem Aktienrecht ändern, sind nichtig ²⁾. Das gleiche gilt für Hauptversammlungsbeschlüsse, die solche satzungsändernden Verträge durch die Vornahme einer entsprechenden Satzungsänderung sanktionieren sollen. Strukturverändernde Satzungsregelungen und die zu ihrer Durchführung notwendigen Hauptversammlungsbeschlüsse sind nicht mit dem "Wesen der Aktiengesellschaft" zu vereinbaren ³⁾ und daher nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig.

B Gesamtgesellschaftliche Verpflichtungen

Besonders zu beachten ist bei dem soeben aufgestellten Grundsatz die Beschränkung seiner Anwendung auf die innergesellschaftliche Abgrenzung der Rechte und Pflichten der Gesellschaftsorgane. Nicht berührt wird von diesem Grundsatz dagegen eine Verpflichtung der Gesellschaft in ihrer Gesamtheit gegenüber außenstehenden Dritten, die die Rechtsstellung der Gesellschaftsorgane un-

1) Vgl. die Darstellung der Meinungen bei Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 200.

2) Vgl. besonders für die Geschäftsführungsbefugnis und die Weisungsungebundenheit des Vorstandes Würdinger, Konzernrecht, S. 262 und S. 286.

3) Vgl. dazu Würdinger, a.a.O. S. 152, und Schilling, Großkommentar, Aktiengesetz 1937, § 195 Anm. 19.

tereinander unberührt läßt. Die Möglichkeiten und Grenzen einer Einflußnahme auf die AG durch solche, vertraglich begründeten gesamtgesellschaftlichen Verpflichtungen bedürfen daher einer gesonderten Untersuchung.

I Möglichkeiten der Einflußerweiterung

Wenn nach den bisher getroffenen Feststellungen Vereinbarungen, die die vom Aktiengesetz festgelegte innere Struktur einer AG verändern, unzulässig sind, kann eine vertraglich begründete Einflußnahme auf die Gesellschaft nur darin bestehen, daß diese sich in ihrer Gesamtheit den Weisungen eines außenstehenden Dritten unterwirft oder aber sich zu Einschränkungen ihrer Verbandsautonomie verpflichtet.

1. Die Weisungsbefugnis gegenüber der Gesellschaft

Eine AG kann vertraglich nicht dazu verpflichtet werden, die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes auf den Aufsichtsrat zu übertragen oder die Geschäftsführung generell den Weisungen des Aufsichtsrats zu unterstellen. Dies würde eine Verletzung der vom Gesetz vorgesehenen Kompetenzverteilung und damit eine unzulässige Strukturveränderung bedeuten. Eine AG kann aber im Gegensatz dazu selbst, d. h. als am Rechtsverkehr teilnehmende juristische Person vertraglich die Verpflichtung eingehen, die Weisungen von außenstehenden Dritten zu befolgen. Selbständigkeit der Gesellschaft und Selbständigkeit des Vorstandes als Leiter der Gesellschaft in seinem Verhältnis gegenüber anderen Gesellschaftsorganen ist nämlich zweierlei ¹⁾. Die vertraglich mit außenstehenden Dritten außerhalb des Konzernrechts begründbare Weisungsgebundenheit ist aber stets beschränkt auf das Recht des Vertragspartners, eine in anderen rechtlichen Verpflichtungen be-

1) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 76 Anm. 4.

gründete Tätigkeitspflicht zu konkretisieren (wie z. B. allgemein beim Auftrag nach § 665 BGB). Diese vertraglich begründbare Weisungsbefugnis kann also immer nur neben eine bereits bestehende Tätigkeitspflicht treten und darf diese für die Gesellschaft nicht erst begründen, andernfalls wird sie zum Selbstzweck und ist wegen Verstoßes gegen das Aktiengesetz nichtig¹⁾. Der nichtigkeitsbegründende Verstoß gegen das Aktienrecht liegt dabei darin, daß die Weisungsbefugnis nicht mehr bloße Konkretisierung der Rechtspflichten zwischen zwei sonst unabhängigen Rechtssubjekten, sondern ein Instrument für ihre organisatorische Verknüpfung wird. Organisatorische Beziehungen sind im Aktien- und Konzernrecht aber abschließend geregelt. Eine Weisungsgebundenheit von Vorstandsmitgliedern gibt es dort nur für "Beherrschungsverträge" unter den dafür geltenden Voraussetzungen. Eine Weisungsgebundenheit der AG und ihrer Organe kann außerhalb des Konzernrechts somit nur insoweit bestehen, als sie zur Konkretisierung einer anderen rechtlichen Verpflichtung der Gesamtgesellschaft gesetzlich oder vertraglich vorgesehen ist. Eine Weisungsunterwerfung als Selbstzweck ist unzulässig.

2. Die vertragliche Beschränkung der Verbandsautonomie

Ähnliches wie für die Weisungsfreiheit des Vorstandes einer AG und diejenige der Gesamtgesellschaft gilt auch für die in der Verbandsautonomie begründeten Rechte und Pflichten einer AG, insbesondere ihre Satzungsgewalt. Ist der die Satzungsgewalt berührende Einfluß bzw. eine entsprechende vertragliche Verpflichtung strukturverändernd, d. h. wird dadurch die innergesellschaftliche Zuständigkeitsverteilung geändert, so ist diese Maßnahme - wie bereits dargelegt - nichtig²⁾. Dies trifft für ei-

1) Vgl. Würdinger, Konzernrecht, S. 286, vgl. im Ergebnis auch Püttner, Kommunale Energieversorgung, S. 86.

2) Vgl. oben § 4 A.

nen vom Vorstand geschlossenen Vertrag, der die innergesellschaftliche Kompetenz zur Ausübung der Satzungsgewalt auf ein anderes Gesellschaftsorgan überträgt, genauso zu, wie für einen Vertrag, der die Ausübung der Satzungsgewalt der Hauptversammlung an die Zustimmung eines anderen Gesellschaftsorgans bindet¹⁾. Eine Regelung aber, die die Ausübung der Satzungsgewalt von der Zustimmung eines außenstehenden Dritten abhängig macht, läßt die innergesellschaftliche Kompetenzverteilung unberührt und ändert nichts an den gegenseitigen Rechten und Pflichten der Gesellschaftsorgane. Trotzdem nimmt auch hier die herrschende Meinung die Unzulässigkeit einer entsprechenden Regelung an²⁾. Die Unzulässigkeit, das Ausüben der Satzungsgewalt der Hauptversammlung an die Zustimmung eines außenstehenden Dritten zu binden, kann allerdings nicht mehr mit einer unzulässigen Strukturveränderung³⁾, sondern allenfalls mit einem unzulässigen Eingriff in die Verbandsautonomie der Gesellschaft insgesamt begründet werden.

Die Verbandsautonomie einer Gesellschaft umfaßt ihr Recht auf eine eigene Rechtspersönlichkeit und vor allem ihr Recht auf Selbstverwaltung⁴⁾. Beide Rechte sind unverzichtbar, da sie genau wie die vom Aktiengesetz vorgeschriebene innere Struktur zum "Wesen der Aktiengesellschaft" zu zählen sind⁵⁾. Ein Beschluß der Hauptversammlung, der den Verzicht auf diese Rechte beinhaltet, ist daher nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig. Werden aber nun durch einen Vertrag mit einem außenstehenden Dritten und eine darauf zurückführende Satzungsbestimmung, die die Ausübung der Satzungsgewalt an die Zustimmung eines außenstehenden

1) Vgl. Baumbach-Hueck, § 179 Rdnr. 4.

2) Vgl. schon RGZ 169 S. 80 sowie Würdinger, Konzernrecht, S. 169, und Fischer in Großkommentar Aktiengesetz 1937, § 145 Anm. 7 mit weiteren Hinweisen.

3) So aber RGZ 169 S. 81, das in dem Mitwirkungsrecht des außenstehenden Dritten das (unzulässige) Einräumen einer organchaftlichen Stellung sieht.

4) Vgl. Lehmann-Diez, Gesellschaftsrecht, S. 35.

5) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 241 Anm. 8, sowie Schilling, Großkommentar Aktiengesetz 1937, § 195 Anm. 18, unter Hinweis auf RGZ 164 S. 223.

Dritten bindet, die Verbandsautonomie einer AG und die sie kennzeichnenden Rechte verletzt? Das erscheint auf den ersten Blick offenkundig. Wird die innerverbandliche Rechtsetzung an die Zustimmung eines Dritten gebunden, so liegt die Feststellung nahe, daß man in einem solchen Fall nicht mehr von einem Recht der Selbstgesetzgebung sprechen kann. Bei näherer Betrachtung erscheint jedoch eine Differenzierung geboten.

Die Verbandsautonomie ist Ausdrucksform der Willensfähigkeit und Willensfreiheit einer juristischen Person. So wie aber natürliche Personen es sich aufgrund ihrer Willensfreiheit vorbehalten können, im Einzelfall etwas nur zu wollen, wenn ein anderer damit einverstanden ist, so ist nicht einzusehen, wieso dies nicht im Einzelfall auch für den Gesamtwillen einer juristischen Person gelten soll ¹⁾. Sowenig aber, wie eine natürliche Person von vornherein allgemein die Zustimmung eines Dritten zur Bedingung der Rechtswirksamkeit ihres Willens machen kann, so wenig kann dies eine Gesellschaft durch ihre Satzung ²⁾. Danach kann auch eine AG in keinem Fall dazu verpflichtet werden, gänzlich auf ihre Verbandsautonomie zu verzichten und z. B. alle satzungsändernden Beschlüsse an die Zustimmung eines außenstehenden Dritten zu binden. Hier würde das Recht zur Selbstgesetzgebung vollständig aufgegeben und das "Wesen der Aktiengesellschaft" verletzt, was nach § 241 Nr. 3 AktG die Nichtigkeit eines entsprechenden Hauptversammlungsbeschlusses zur Folge hätte.

Der die gesamte Gesellschaft bindende Vertrag darf die Beschränkung der Autonomie auch nicht zum Selbstzweck haben, sonst wäre dies ein Mittel zur organisatorischen Einbeziehung der Gesellschaft in den Machtbereich eines Dritten und damit eine Durchbrechung der vom Konzernrecht gezogenen Grenzen. Eine solche Bindung der AG würde dem "Wesen der Aktiengesellschaft"

1) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 179 Anm. 3.

2) Vgl. Godin-Wilhelmi, a.a.O.

widersprechen ¹⁾. Ein darauf gerichteter Hauptversammlungsbeschluß wäre nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig. Genau wie für die vertraglich begründbare Weisungsgebundenheit der Gesamtgesellschaft gilt somit auch hier, daß solche Maßnahmen nur zur Konkretisierung und innerverbandlichen Umsetzung einer bestehenden anderen Rechtspflicht zulässig sind ²⁾. Eine solche Konkretisierung und innerverbandliche Umsetzung einer gesamtgesellschaftlichen Pflicht liegt aber z. B. dann nicht mehr vor, wenn die Gesellschaft vertraglich verpflichtet werden soll, im Rahmen ihrer vom Gesetz gegebenen Satzungsgewalt und Gestaltungsfreiheit die innergesellschaftliche Kompetenzverteilung bzw. die Ausgestaltung einzelner Kompetenzen in einem bestimmten Sinn zu regeln. Im Gegensatz zu den bereits behandelten, grundsätzlich unzulässigen strukturwidrigen Verträgen, die die zwingende aktienrechtliche Zuordnung von Rechten und Pflichten der Gesellschaftsorgane verletzen, kann die Rechtswidrigkeit der hier gemeinten Verträge nicht mit ihrer Strukturwidrigkeit begründet werden, da die AG innerverbandlich solche Regelungen vornehmen darf, sich aber gesamtgesellschaftlich nicht zur entsprechenden Ausübung der Satzungsgewalt verpflichten kann. Gedacht ist hierbei z. B. an folgende Fälle:

Nach § 111 Abs. 4 S. 1 AktG können dem Aufsichtsrat Maßnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden. Nach Satz 2 dieser Vorschrift können die Satzung oder der Aufsichtsrat jedoch bestimmen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Wenn die Satzung aber ein solches Zustimmungserfordernis begründen darf, so kann eine Vereinbarung mit einem außenstehenden Dritten, in der die Gesellschaft zur Einführung einer solchen Satzungsregel verpflichtet wird, nicht wegen Strukturwidrigkeit nichtig sein. Nichtig ist sie aber wegen Verletzung der Verbandsautonomie. Die durch eine solche Regelung bewirkte Beschränkung der Satzungsgewalt dient

1) Vgl. Bruns, Das Wesen der AG, S. 47, unter Hinweis auf RGZ 83, Nr. 84.

2) Vgl. oben 1 sowie Würdinger, Konzernrecht, S. 286.

nicht, wie es für ihre Zulässigkeit erforderlich wäre, der Konkretisierung einer gesamtgesellschaftlichen Tätigkeitspflicht und ihrer Umsetzung in innerverbandliches Recht. Durch eine solche Regelung wird weder die Art der Tätigkeit noch die Art und Weise ihrer Durchführung konkretisiert. Das gleiche gilt für satzungsrechtlich begründbare Bindungen der einzelnen Unternehmensorgane bei der Ausübung ihrer Tätigkeit, insbesondere die Verankerung von zusätzlichen Qualifikationen bei Mehrheitsbeschlüssen. Nach § 133 Abs. 1 AktG bedürfen die Beschlüsse der Hauptversammlung grundsätzlich nur einer einfachen Mehrheit. Die Gesellschaft hat aber das Recht, durch die Satzung eine größere Mehrheit vorzuschreiben. Dieser Grundsatz gilt allgemein auch für die Abstimmung in den übrigen Unternehmensorganen¹⁾. Die Festlegung eines qualifizierten Mehrheitserfordernisses durch die Satzung ist also ebenfalls nicht strukturwidrig. Dennoch ist ein darauf gerichteter Vertrag mit einem außenstehenden Dritten wegen Verletzung der Verbandsautonomie nichtig, da die Einführung von zusätzlichen Beschlussschwernissen, die der Gesamtgesellschaft obliegende Tätigkeitspflicht im Rahmen eines Rechtsverhältnisses unberührt lassen und nur innerverbandliche Auswirkungen haben.

II Materielle Grenzen der vertraglich begründbaren Einflußerweiterungen

Die bisherige Darstellung hat ergeben, daß das Aktiengesetz selbst zwar keine Mittel bereithält, um eine Weisungsgebundenheit des Vorstandes zu begründen und um die Verbandsautonomie einer AG formell zu beschränken. Es hat sich aber doch gezeigt, daß dies über eine vertragliche Verpflichtung der Gesellschaft insgesamt erreicht werden kann. Diese formellen, vom Aktiengesetz geduldeten Einflußmöglichkeiten auf eine AG sind aber nicht schrankenlos, sondern noch zusätzlich einer materiellen Be-

1) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 108 Anm. 4 für den Aufsichtsrat.

schränkung unterworfen. Diese materielle Beschränkung der formell zulässigen Einflußmöglichkeiten auf eine AG ergibt sich aus der bereits dargestellten Verpflichtung der Unternehmensorgane, den Zweck der Gesellschaft zu fördern und gesellschaftsschädliche Maßnahmen zu unterlassen. Darüber hinaus dürfen auch außenstehende Dritte nicht ihren Einfluß zum Schaden der Gesellschaft ausüben ¹⁾. Die Ausnutzung der dargestellten erweiterten Einflußmöglichkeiten zum Schaden der Gesellschaft ist rechtswidrig und führt nach den §§ 93 Abs. 2, 116 und 117 AktG zu Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft bzw. ihrer Aktionäre gegen den Vorstand, den Aufsichtsrat und gegen den einflußnehmenden Aktionär oder gegen einen außenstehenden Dritten.

Bereits in früherem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, daß der Maßstab für die Gesellschaftsschädlichkeit einer Maßnahme der jeweilige Zweck der Gesellschaft ist. Dies bedeutet, daß eine formell zulässige, über eine vertragliche Verpflichtung der gesamten Gesellschaft begründete erweiterte Weisungsbefugnis außenstehender Dritter und die mögliche Einschränkung der Verbandsautonomie nicht zweckschädlich genutzt werden dürfen. So wie kein Aktionär seinen innergesellschaftlichen Einfluß dazu benutzen darf, die Gesellschaft zum Abschluß nachteiliger Geschäfte zu drängen, so darf auch ein außenstehender Dritter, dessen Weisungen die Gesellschaft aufgrund eines besonderen Vertrages zu befolgen hat, seine Weisungsbefugnis nicht zum Nachteil der Gesellschaft ausnutzen. Das gleiche gilt für die Beschränkung der Verbandsautonomie zugunsten eines Mitwirkungsrechts außenstehender Dritter. Vorstand und die innerverbandlich über die Verbandsautonomie verfügende Hauptversammlung dürfen mit außenstehenden Dritten keine zweckschädlichen Verträge abschließen. Zulässig sind nur zweckändernde Verträge bei Zustimmung aller Aktionäre. Auch hier darf der mitwirkungsberechtigte außenstehende Dritte sein Mitwirkungsrecht nicht in gesellschaftsschädlicher Weise ausnutzen. Ist z. B. die Änderung des Gesellschaftsgegenstandes im Rahmen eines bestehenden

1) Vgl. oben § 3 C II 1.

Dauerschuldverhältnisses an seine Zustimmung gebunden, so darf er diese nicht verweigern, wenn davon der mit ihm von der gesamten Gesellschaft abgeschlossene Vertrag in seinem Inhalt unberührt bleibt. Die hier genannten Beispiele zeigen eine deutliche Parallele zur Situation im "faktischen Konzern". Nach § 311 AktG darf die formelle Macht materiell grundsätzlich nicht zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft genutzt werden. § 311 AktG macht nur insoweit eine Ausnahme, als er "Unternehmen", die über die formelle Macht verfügen, gesellschaftsschädliche Maßnahmen erlaubt, sofern sie die entstandenen Nachteile ausgleichen. "Nicht-Unternehmen" ist dies dagegen nicht gestattet. Schädliche Maßnahmen haben hier in jedem Fall zu unterbleiben. Der Mißbrauch formeller Macht richtet sich hier ausschließlich nach den normalen Schadensersatzregelungen der §§ 93 Abs. 2, 116 und 117 AktG¹⁾. Die Parallele dieser vertraglich begründeten erweiterten Einflußmöglichkeiten zu den konzernrechtlichen Herrschaftsverhältnissen kann jedoch hilfreich bei der Beantwortung der Frage sein, wann ein außenstehender Dritter die mit ihm bestehenden vertraglichen Beziehungen und die ihm darin eingeräumten Rechte dazu benutzt, einen nachteiligen Einfluß auf die AG auszuüben. Dadurch ist es möglich, auf die von der Literatur für § 311 AktG entwickelten Grundsätze zur Bestimmung von "Nachteilen" bei vertraglich begründeten Abhängigkeitsverhältnissen zurückzugreifen²⁾. Wenn die Bestimmung dessen, was innerhalb vertraglich begründeter Abhängigkeitsverhältnisse eine nachteilige Einflußnahme auf die AG bedeutet, auch schwierig sein mag, so kann diese Schwierigkeit jedoch nichts an dem Grundsatz ändern, daß die vom Aktiengesetz geduldeten formellen Einflußerweiterungen in der vom jeweiligen Unternehmenszweck abhängigen Gesellschaftsschädlichkeit ihre materielle Begrenzung finden und damit im Ergebnis

1) Vgl. dazu Leo, Die Aktiengesellschaft 1965, S. 355, sowie Würdinger, Konzernrecht, S. 309, und Meulenburgh, Möglichkeiten, S. 202 f.

2) Vgl. hierzu die Kommentierungen bei Godin-Wilhelmi, § 311 Anm. 3, und Baumbach-Hueck, § 311 Rdnr. 8, jeweils mit weiteren Hinweisen. Vgl. auch die Untersuchung von Meulenburgh, Forts. s. S. 98.

keine große praktische Bedeutung erlangen können.

C Die Konsequenzen für die öffentliche Hand

Will die öffentliche Hand als Aktionär einer bestimmten AG oder als außenstehender Dritter die Gesellschaft in ihre Dienste nehmen, so hat sie nach den zuletzt getroffenen Feststellungen über die rein aktienrechtlichen Mittel hinaus die Möglichkeit, durch eine vertragliche Verpflichtung der gesamten AG einen gesteigerten Einfluß auf die Gesellschaft zu gewinnen. Von diesen Möglichkeiten einer vertraglich begründeten Einflußnahme auf die AG macht der Staat auch häufig Gebrauch. Beliebtes Mittel hierfür sind die sog. "Konzessionsverträge".

Den Ausgangspunkt beim Abschluß solcher Verträge bildet regelmäßig der Umstand, daß ein Unternehmen eine von ihm geplante Tätigkeit nur dann aufnehmen kann, wenn es dafür die Zustimmung der öffentlichen Hand bekommt. Das Zustimmungserfordernis beruht in den meisten Fällen darauf, daß die öffentliche Hand Eigentümer der für die Durchführung der Tätigkeit zu benutzenden öffentlichen Sachen, vor allem der öffentlichen Wege und Gewässer ist. Diese starke Stellung benutzt die öffentliche Hand nun nicht nur dazu, um sich die Benutzung in Form von sog. "Konzessionsabgaben" und durch die Vereinbarung von Sondervergünstigungen vergüten zu lassen; sie erteilt eine solche "Konzession" vielmehr regelmäßig nur dann, wenn ihr auch noch zusätzlich bestimmte Mitspracherechte bei der Ausübung der angestrebten Tätigkeit und bestimmte Einflußrechte auf das jeweilige Unternehmen eingeräumt werden ¹⁾.

Inwieweit die in den "Konzessions-" und ähnlichen Verträgen übli-

2) Forts. von S. 97:

Möglichkeiten, S. 202 ff., über die Abhängigkeit von "Nichtunternehmen" aufgrund von Kredit- sowie Lizenzverträgen und bei Zulieferungsmonopolen.

1) Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung des "Konzessionsvertrages" bei Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten, S. 137 ff., sowie bei Berkemann, Die staatliche Kapitalbeteiligung, S. 49 ff.

cherweise anzufindenden Einflußrechte ¹⁾ auf ein Unternehmen zulässig sind, ist für die Aktiengesellschaften primär eine Frage des Aktienrechts. Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit solcher Regelungen sind somit in erster Linie die allgemein für vertragliche Einflußnahmen auf Aktiengesellschaften in der vorangegangenen Untersuchung festgestellten Ergebnisse. Ob über das aktienrechtlich Zulässige hinaus eine Einflußerweiterung durch Konzessions- und ähnliche Verträge mit der öffentlichen Hand wegen besonderer "öffentlicher Interessen" bzw. einer möglicherweise öffentlich-rechtlichen Qualifikation solcher Verträge möglich ist, wird später noch untersucht werden ²⁾. Hier interessiert nur, wie das Aktiengesetz zu solchen vertraglich begründeten Sonderrechten steht.

Satzungsbestimmungen, die die Struktur einer AG und damit die innergesellschaftliche Kompetenzverteilung verletzen, sind nichtig. Das gleiche gilt nach dem Aktienrecht auch für Verträge mit außenstehenden Dritten, die eine solche Strukturveränderung herbeiführen würden. Dies trifft für Satzungsbestimmungen und Verträge mit beispielsweise folgenden Inhalten zu:

- "Mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrates muß Vertreter des Bundes oder des Landes sein" ³⁾,
- "Die Erbbauberechtigte (die Aktiengesellschaft) wird, solange sie einen Aufsichtsrat oder ein entsprechendes Organ besitzt, bei der Hauptversammlung dafür Sorge tragen, daß ein von der Grundstückseigentümerin (der öffentlichen Körperschaft) zu benennender Vertreter in den Aufsichtsrat oder das entsprechende Organ gewählt wird" ⁴⁾,

1) Vgl. hierzu die Aufstellung bei Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 574 ff., sowie Eiser-Riederer-Siede, Energiewirtschaftsrecht, S. 36 f.

2) Vgl. unten § 5 F.

3) § 17 Abs. 4 S. 2 der Satzung der ELSHORN-BARMSTEDT-OLDESLOHER EISENBAHN AG in Elmshorn, nach Lang, Der Einfluß, S. 152.

4) Vgl. Lang, a.a.O. S. 157, ohne nähere Bezeichnung des Unternehmens.

- "Gehört der Regierende Bürgermeister von Berlin dem Aufsichtsrat an, so soll er zum Vorsitzenden des Aufsichtsrates gewählt werden" ¹⁾,
- "Der Aufsichtsrat wird den Leiter der Kleinbahnabteilung zum alleinvertretungsberechtigten Vorstandsmitglied bestellen" ²⁾.

In allen genannten Beispielen werden die zwingenden aktienrechtlichen Wahlvorschriften verletzt. Hauptversammlung und Aufsichtsrat dürfen durch solche Regelungen nicht in ihrem freien Wahlrecht eingeschränkt werden ³⁾. Nichtig wegen unzulässiger Kompetenzverlagerung war auch nach § 76 Abs. 1 AktG der mittlerweile aufgehobene § 7 Abs. 3 der Satzung der "Bewag":

- "Der Vorstand hat die vom Aufsichtsrat zu erlassende allgemeine Geschäftsanweisung sowie die einzelnen Beschlüsse des Aufsichtsrates und seiner Ausschüsse zu befolgen."

Allgemein nach dem Aktiengesetz zulässig sind dagegen Verträge, die die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit verpflichten und sie dabei zur Konkretisierung der Tätigkeitspflicht den Weisungen eines außenstehenden Dritten - also auch der öffentlichen Hand - unterwerfen bzw. geplante Änderungen bei der Ausführung der Tätigkeit an seine Zustimmung binden oder die Ausführung der übernommenen Tätigkeit seiner Aufsicht unterstellen. Ausgeschlossen sind dagegen Regelungen, die die Weisungsunterwerfung als Selbstzweck begründen oder eine generelle Leitungsmacht vorsehen. Konzessions- oder ähnliche Verträge, die zur näheren Bestimmung einer

1) § 9 Abs. 1 der Satzung der BEWAG.

2) § 3 Abs. 3 S. 1 des Betriebsführervertrages zwischen der TECKLENBURGER NORDBAHN (RHEINE-RECHE-OSNABRÜCK) AG und dem Provinzialverband der Provinz Westfalen vom 5./8. Juli 1938 nach Lang, a.a.O., S. 166.

3) Vgl. Baumbach-Hueck, § 101 Rdnr. 1, und Godin-Wilhelmi, § 107 Anm. 2.

vertraglich begründeten Tätigkeitspflicht des Unternehmens dem Staat in bestimmtem Umfang Mitwirkungsrechte einräumen, lassen die innergesellschaftliche Kompetenzverteilung unberührt und schränken auch nicht die Verbandsautonomie der Gesellschaft in unzulässiger Weise ein. Dies dürfte z. B. für die sog. Kontrahierungs-, Tarifs- und Aufsichtsklauseln gelten ¹⁾. Als mit dem Aktienrecht vereinbar wird man daher folgende Regelungen ansehen müssen:

- "Die Gesellschaft ist berechtigt, die Preise für Elektrizität so zu bemessen, daß die Gesteungskosten einschließlich der erforderlichen Abschreibungen und Rücklagen gedeckt werden, der tatsächliche Aufwand für Verzinsung und Tilgung des Anleihe- und Betriebskapitals gesichert ist und eine jährliche Verzinsung des Aktienkapitals der Gesellschaft von mindestens 6 DM auf je 100 DM Aktien-Nennbetrag erzielt wird" ²⁾.

Desgleichen dürften als zulässig angesehen werden Genehmigungsvorbehalte der öffentlichen Hand bei der Verlegung des Leitungs- und Schienennetzes ³⁾, Mitwirkungsrechte der öffentlichen Hand bei der Bestimmung von allgemeinen Fähigkeitserfordernissen für das fahrende Personal eines Verkehrsunternehmens oder der Aufstellung von allgemeinen Qualitätserfordernissen des zur Leistungserbringung eingesetzten Gerätes.

Auch gegen die Mitwirkung bei der Aufstellung von Fahrplänen dürften keine Bedenken bestehen ⁴⁾. Durch diese Regelungen wird

1) Vgl. dazu die Erläuterungen bei Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 574 f.

2) Ziffer 8 des Konzessionsvertrages zwischen der BEWAG und der Stadt Berlin.

3) § 1 Abs. 3 des Konzessionsvertrages der HAMBURGER ELEKTRICITÄTSWERKE AG mit der Stadt Hamburg, § 8 Abs. 1 des Konzessionsvertrages der HAMBURGER HOCHBAHN-AG mit der Stadt Hamburg, nach Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 139.

4) Vgl. § 29 und § 7 Abs. 2 Buchst. c und e des Vertrages der HAMBURGER HOCHBAHN AG mit der Stadt Hamburg, nach Vogel, a.a.O. S. 141.

die Tätigkeitspflicht der Gesellschaft und die Art und Weise ihrer Ausführung konkretisiert.

Regelungen, die nicht den äußeren Betriebsablauf der verpflichteten Gesellschaft betreffen, sondern auf die Gestaltung der innerbetrieblichen Organisation und auf die innerbetriebliche Vorbereitung der nach außen gerichteten Unternehmenstätigkeit zielen, erscheinen dagegen fragwürdig. Ein genereller Genehmigungsvorbehalt für die Einstellung von bestimmtem Personal ¹⁾ oder die Inbetriebnahme von bestimmten Anlagen ²⁾ kann nicht mehr als Konkretisierung einer Tätigkeit angesehen werden, sondern stellt bereits eine Einmischung in die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft dar. Als nichtig wegen unzulässiger Einschränkung der Verbandsautonomie sind solche Regelungen anzusehen, die z. B. die Ausübung der Satzungsgewalt in jedem Falle an die Zustimmung einer staatlichen Stelle binden, wie dies § 1 des Vertrages vorsieht, welchen die HAMBURGER HOCHBAHN AG mit der Finanzdeputation der Freien und Hansestadt Hamburg zur Förderung der öffentlichen Verkehrsinteressen am 3. Juli 1918 abgeschlossen hat ³⁾. Hier wird die Beschränkung der Verbandsautonomie Selbstzweck oder bedeutet doch zumindest nicht mehr die innerverbandliche Umsetzung und die Konkretisierung einer der gesamten Gesellschaft obliegenden Tätigkeitspflicht. Zulässig ist dagegen nach diesem Maßstab eine Einschränkung der Verbandsautonomie durch Beschränkung der Auflösungsbefugnis, indem die Gesellschaft sich vertraglich einer Betriebspflicht unterwirft und diese mit Hilfe der Satzung in innerverbandliches Recht umsetzt wie z. B. in folgendem Fall:

1) § 7 Abs. 2 des Konzessionsvertrages der HAMBURGER HOCHBAHN AG.

2) §§ 7 Abs. 2 Buchst. a; 8 Abs. IV und 12 Abs. 5 des Konzessionsvertrages der HAMBURGER HOCHBAHN AG.

3) Nach Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten, S. 140. Dieser Vertrag ist nach § 2 Abs. 3 Bestandteil der Satzung der HAMBURGER HOCHBAHN AG.

- "Die Gesellschaft verpflichtet sich, das Versorgungsgebiet ausreichend und betriebssicher mit elektrischer Energie zu versorgen" ¹⁾.

Bei dieser Regelung wird kein ausschließlich innerverbandlich wirkendes Recht geschaffen, sondern es wird eine Tätigkeitspflicht der gesamten Gesellschaft näher umschrieben. Durch eine vertraglich begründete und satzungsrechtlich zusätzlich verankerte Betriebspflicht wird außer der Auflösungsbefugnis auch das autonome Recht zur Änderung des Gesellschaftsgegenstandes und des Gesellschaftszwecks beschränkt, was satzungsrechtlich dann so aussehen kann:

- "Gegenstand des Unternehmens ist die Versorgung des gesamten Gebietes der Freien und Hansestadt Hamburg mit elektrischer Energie und Wärme unter der sich danach ergebenden Berücksichtigung der öffentlichen Interessen ... und zwar in Ausführung des zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrages vom 9./11. Mai 1957". ²⁾

Wie die vorangegangene allgemeine Untersuchung ergeben hat, gibt es auch solche Regelungen, die zwar nicht strukturwidrig sind und demzufolge auch satzungsrechtlich verankert werden können, die aber wegen Verletzung der Verbandsautonomie als vertragliche Regelung unzulässig sind ³⁾. Zulässig ist danach als Satzungsbestimmung zwar folgende Regelung:

- "Beschlüsse über Festsetzung oder Abänderung von allgemeinen Stromlieferungsverträgen für Niederspannungsstrom be-

1) § 20 der Satzung der BEWAG i. V. mit Ziff. 6 des Konzessionsvertrages zwischen der Gesellschaft und der Stadt Berlin.

2) § 2 Abs. 1 der Satzung der HAMBURGISCHEN ELECTRICITÄTSWERKE AG.

3) Vgl. oben § 4 B I 2.

dürfen in den zuständigen Organen der Gesellschaft einer Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen" ¹⁾.

Nichtig ist aber die dieser Satzungsbestimmung zugrunde liegende vertragliche Regelung:

- "Die Gesellschaft gewährleistet der Stadt, daß Beschlüsse über Festsetzung oder Abänderung von allgemeinen Stromlieferungstarifen für Niederspannungsstrom in den zuständigen Organen der Gesellschaft einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedürfen" ²⁾.

Diese vertragliche Bestimmung konkretisiert keine gesamtgesellschaftliche Tätigkeitspflicht, sondern enthält eine innerverbandliche, die Verbandsautonomie verletzende Regelung. Die "BEWAG" ist demnach nicht durch diese nichtige Vertragsbestimmung gebunden, sondern könnte ungeachtet des "Konzessionsvertrages" die genannte Satzungsbestimmung ändern.

Für alle hier aufgeführten Regelungen gilt über ihre formellen Grenzen hinaus der allgemeine Grundsatz ³⁾, daß die vertraglich begründeten und in innergesellschaftliches Recht umgesetzten besonderen Einfluß- und Mitwirkungsrechte nicht zum "Schaden der Gesellschaft" im Sinne der aktienrechtlichen Schadensersatzbestimmungen ausgeübt werden dürfen. Die öffentliche Hand, die sich durch besondere vertragliche Regelungen außerhalb des Aktienrechtes und durch ihre Umsetzung in innerverbandliches Recht gesteigerte Einflußrechte auf eine AG gesichert hat, handelt demnach rechtswidrig und ist zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie von ihrem Mitwirkungsrecht einen dem Gesellschaftszweck

1) § 17 der Satzung der BEWAG.

2) So die Ziffer 8 Abs. 2 des Konzessionsvertrages der BEWAG mit der Stadt Berlin.

3) Vgl. oben § 3 C II 1.

Die Verbesserung der Beherrschungsmöglichkeiten einer AG durch den Staat mit Hilfe öffentlich-rechtlicher Regelungen kann entweder durch die Begründung gesteigerter innergesellschaftlicher Einflußmöglichkeiten des jeweiligen staatlichen Aktionärs oder aber durch ein Recht des Staates erreicht werden, die jeweilige unternehmerische Zielsetzung, insbesondere den Zweck einer AG, zu bestimmen. Für die erste Möglichkeit kommen insbesondere die Regelungen des Beamten-, Gemeinde- und Haushaltsrechts in Betracht. Während die jeweilige unternehmerische Zielsetzung einer AG möglicherweise durch Art. 15 GG, durch Spezialgesetz und Verwaltungsakt oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag beeinflußt werden kann.

A Das Beamtenrecht

Einer staatlichen Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften folgt regelmäßig eine Präsenz von Beamten in der Hauptversammlung und im Aufsichtsrat der Gesellschaft. Alle Beamten unterliegen grundsätzlich einem insoweit einheitlichen Dienstrecht, das sie gegenüber ihrem Dienstherrn zum Gehorsam verpflichtet¹⁾. Diese Gehorsamspflicht der Beamten, verbunden mit ihren Rechten als Zugehörige zu einem Gesellschaftsorgan, könnte von einem staatlichen Aktionär dazu benutzt werden, durch Weisungen an seine Beamten Einfluß auf die AG zu nehmen. Voraussetzung für eine solche Einflußmöglichkeit ist jedoch, daß die grundsätzlich bestehende Weisungsbefugnis des Staates gegenüber seinen Beamten auch in einem solchen Falle gilt und daß sie nicht vom Aktienrecht ausgeschlossen ist. Dies ist eine in Rechtsprechung²⁾ und Literatur³⁾ sehr umstrittene Frage. Der Streit bei dieser Frage konzen-

1) Vgl. § 37 BRRG sowie § 55 BBG.

2) Vgl. BGHZ 36, S. 296, wo die Weisungsbefugnis aus den bekannten aktienrechtlichen Erwägungen abgelehnt wird.

3) Vgl. hierzu die Darstellung des Streites bei Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 204 ff., mit weiteren Hinweisen. Vgl. insbesondere auch die ausführliche Auseinandersetzung mit dem Problem bei Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 209 ff.

triert sich dabei im wesentlichen auf die beamteten Aufsichtsratsmitglieder. Im Gegensatz zur Tätigkeit im Aufsichtsrat einer AG ist die Vorstandstätigkeit regelmäßig Vollzeitbeschäftigung. Die dadurch bedingte ausschließliche Betätigung eines Beamten im Vorstand einer AG ist beamtenrechtlich nur durch zeitweilige Beurlaubung des mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe betrauten Beamten möglich, da eine "Abordnung" im Sinne des § 27 BBG und der entsprechenden Landesgesetze (z. B. § 32 BeamtenG von Baden-Württemberg) wegen fehlender Dienstherrenfähigkeit einer AG nicht möglich ist ¹⁾ und eine Nebentätigkeit - anders als beim Aufsichtsrat - wegen der ausschließlichen Betätigung des Vorstandes für die AG ausscheidet. Durch diese Freistellung des Beamten von seiner bisherigen Tätigkeit und durch sein zeitweiliges Ausscheiden aus seiner beamtenrechtlichen Dienststellung erlischt auch die Weisungsbefugnis seiner bisherigen Vorgesetzten ihm gegenüber, zumindest was die Art und Weise der Ausübung der übernommenen Tätigkeit, d. h. das "Betriebsverhältnis" ²⁾ anbelangt.

In der Hauptversammlung gibt es den aufgezeigten Konflikt dagegen nicht, da hier die Körperschaft - anders als im Aufsichtsrat und Vorstand - selbst Mitglied und als Aktionär anwesend ist. Zwar wird sie auch hier häufig durch Beamte vertreten; diese beschränken sich dabei aber auf ihre Vertreterrolle und sind nicht selbständige Mitglieder eines Gesellschaftsorgans. In ihrer Eigenschaft als Vertreter der öffentlichen Hand in der Hauptversammlung sind die Beamten daher in jedem Fall an die Weisungen der sie entsendenden staatlichen Stelle gebunden ³⁾.

1) Vgl. Püttner, Kommunale Energieversorgung, S. 246, unter Hinweis auf die Praxis bei den Kölner Versorgungsunternehmen; vgl. auch Fischbach, Bundesbeamtengesetz, § 27 Anm. II 4 sowie Müller-Beck, Beamtenrecht in Baden-Württemberg, § 32 Anm. 5.

2) Zur Unterscheidung zwischen "Grund- und Betriebsverhältnis" vgl. Wolff, VWR § 46 VI mit weiteren Hinweisen.

3) Vgl. Lang, Der Einfluß, S. 91.

Die Ursache für die unterschiedlichen Auffassungen über die Weisungsgebundenheit beamteter Aufsichtsratsmitglieder liegt in dem offenkundigen Widerspruch zwischen der Gehorsamspflicht der Beamten nach dem öffentlichen Dienstrecht und dem bereits früher behandelten ¹⁾ Grundsatz des Aktienrechts, wonach die Mitglieder des Aufsichtsrats, die nach §§ 116 i. V. m. 93 AktG ihr Amt mit der "Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters" wahrzunehmen haben, nicht an Weisungen gebunden sind. Eine verbindliche Kollisionsnorm zur Lösung dieses Konfliktes existiert nicht. Zurückzugreifen ist daher auf die allgemeinen Grundsätze zur Aufhebung von Normwidersprüchen ²⁾.

Die Anwendung des Grundsatzes, daß die spätere Norm der früheren vorgeht ("lex posterior derogat legi priori"), muß angesichts der häufigen Ablösung von jeweils jüngerem Aktien- und Beamtenrecht durch die Neufassung der Gesetze fragwürdig erscheinen. Zwischen Aktien- und Beamtenrecht besteht auch kein Stufenverhältnis ("lex superior derogat legi inferiori"), aus dem man auf den Vorrang eines dieser Gesetze schließen könnte.

Letztlich unter Bezug auf den Vorrang der spezielleren gegenüber der allgemeineren Norm ("lex specialis derogat legi generali") kommt Berkemann ³⁾ in seiner ausführlichen Untersuchung zu dem Ergebnis, daß das Beamtenrecht im Hinblick auf die Weisungsgebundenheit der beamteten Aufsichtsratsmitglieder Vorrang habe. Er begründet dies mit dem Hinweis auf eine mehrfache beamtenrechtliche Durchbrechung des Aktienrechts.

Der Beamte ist verpflichtet, auf Verlangen seiner obersten Dienstbehörde, eine organschaftliche Tätigkeit in den Unterneh-

1) Vgl. oben § 3 A II.

2) Vgl. hierzu Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 158 f., sowie Larenz, Methodenlehre, S. 173.

3) Kapitalbeteiligung, S. 225 ff.

men der öffentlichen Hand aufzunehmen ¹⁾. Mit seinem Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis endet auch automatisch seine Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat ²⁾. Für die aufgrund seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat erlangten Vergütungen besteht eine Abführungspflicht ³⁾, als Ausgleich hierfür hat er aber einen Rückgriffsanspruch gegen seinen Dienstherrn, wenn er aufgrund seiner Tätigkeit in dem Unternehmensorgan Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist ⁴⁾.

Die hier aufgeführten, von Berkemann ⁵⁾ ausführlicher behandelten Regelungen beziehen sich alle ausdrücklich auf die Tätigkeit von Beamten in den Organen privatrechtlicher Gesellschaften. Für ihren Bereich wird man diese Vorschriften daher auch als Spezialregelung und gültige Durchbrechung entgegenstehender aktienrechtlicher Regelungen ansehen können. Aus dem Vorrang des Beamtenrechts gegenüber dem Aktienrecht in Einzelbereichen darf aber nicht die Folgerung gezogen werden, daß die Beamtengesetze das Aktiengesetz in jedem Kollisionsfall und unter allen Umständen verdrängen ⁶⁾. Erforderlich ist der Nachweis, daß die Spezialität auch in dem jeweils behandelten Einzelbereich gilt. Für die hier zur Diskussion stehende Weisungegebundenheit beamteter Organmitglieder fehlt es aber gerade an einer solchen, für die Tätigkeit von Beamten in privaten Unternehmen geschaffenen ausdrücklichen Spezialregelung. Mit dem aktienrechtlichen Weisungsverbot kollidiert nur die allgemeine beamtenrechtliche Gehorsams- und Folgepflicht der §§ 37 BRRG und 55 BBG.

1) Vgl. § 64 BBG i. V. m. § 69 BBG und des § 2 Abs. 2 Nr. 1, der auf dieser gesetzlichen Grundlage erlassenen "Nebentätigkeitsverordnung" (BNebTätVO, BGBl. 1964 I S. 289).

2) Vgl. § 68 BBG sowie Fischbach, Bundesbeamtengesetz, § 69 Anm. II.

3) Vgl. § 8 der BNebTätVO.

4) Vgl. § 67 BBG. Die Landesbeamtengesetze enthalten in allen Fällen entsprechende Regelungen.

5) Kapitalbeteiligung, S. 225 ff.

6) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 174.

Führen demnach formal-logische Kollisionsregelungen zu keinem eindeutigen Ergebnis, so kann letztlich nur eine teleologische Auslegung die Abgrenzung der beiden widersprechenden Normen bzw. den Vorrang der einen vor der anderen feststellen ¹⁾.

Sinn der beamtenrechtlichen Folgepflicht ist die Gewährleistung eines reibungslosen Umsetzens von staatlichem Wollen in staatliches Handeln. Die Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder bezweckt dagegen die Bildung eines unabhängigen, an den "Belangen" und dem "Interesse der Gesellschaft" orientierten Willens ²⁾. Parallel mit der formell begründeten aktienrechtlichen Weisungsfreiheit geht demnach das materielle Gebot, das "Wohl der Gesellschaft zu fördern" und das durch Schadensersatzvorschriften ³⁾ bewehrte Verbot, der Gesellschaft Schaden zuzufügen. Stellt man auf diesen materiellen Hintergrund der beamtenrechtlichen Weisungsfreiheit ab, so ist der Schluß vom genannten Gebot und genannten Verbot auf die formelle Weisungsunabhängigkeit nicht zwingend. Es ist auf dieser Grundlage sehr wohl vorstellbar, daß man formell eine Weisungsgebundenheit der Organmitglieder anerkennt, diese in ihrem Umfang aber durch den genannten materiellen Rahmen begrenzt. Unter diesem Blickwinkel lautet das Problem nicht "ob" Beamten in den Aufsichtsräten durch die öffentliche Hand Weisungen erteilt werden dürfen, sondern nur "wie weit" diese Weisungsbefugnis reicht. Dies ist der Grundgedanke in der Darstellung von Berkemann ⁴⁾. Diese Trennung übersehen zu haben und in unzulässiger Weise von der materiellen Seite auf die formelle Seite des Weisungsrechts Rückschlüsse gezogen zu haben, erhebt er als den Hauptvorwurf gegen das gesellschaftsrechtliche Schrifttum, das die Weisungsgebundenheit beamteter Aufsichtsratsmitglieder generell ablehnt ⁵⁾.

1) Larenz, Methodenlehre, S. 176.

2) Vgl. BGHZ 36, S. 306.

3) §§ 93 Abs. 2 und 116 AktG.

4) Kapitalbeteiligung, S. 222 ff.

5) A.a.O. S. 223.

Der von Berkemann erhobene Vorwurf und die von ihm aus seiner Feststellung gezogene Konsequenz treffen jedoch in dieser Form nicht zu. Er selbst verfällt letztlich vielmehr in den Fehler, wegen des Vorhandenseins einer materiellen Beschränkung des möglicherweise gegebenen Weisungsrechts auf die formelle Zulässigkeit von Weisungen zu schließen. Die aufgeführten materiellen Schranken sind jedoch unabhängig von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Weisungsrechts. Sie gelten für alle Arten von Einflußnahmen, z. B. auch für den Fall, daß ein Beamter aus eigenem Antrieb bestrebt ist, das "öffentliche Interesse" in der AG zu wahren oder freiwillig, ohne rechtliche Verpflichtung einer "Anregung" seiner vorgesetzten Dienstbehörde folgt. Genauso wenig wie aber allein aus dem "Inwieweit" das "Ob" verneint werden darf, kann es allein daraus bejaht werden. Der formelle Teil einer Weisungsbefugnis bedarf daher unabhängig von möglichen materiellen Begrenzungen einer besonderen Betrachtung.

Der formell begründeten beamtenrechtlichen Gehorsams- und Folgepflicht scheint das Aktienrecht auf den ersten Blick nichts entgegenzusetzen, haben doch die bisher aufgeführten Ablehnungsgründe für eine Weisungsbefugnis vorwiegend einen materiellen Gehalt. Bei näherer Betrachtung werden diese aber auch um formelle Argumente ergänzt.

Nach § 100 Abs. 1 AktG können Mitglieder eines Aufsichtsrates nur natürliche Personen sein. Juristische Personen, sonstige Körperschaften und Personengesellschaften sind dagegen von einer Mitgliedschaft im Aufsichtsrat ausgeschlossen ¹⁾, weil die Aufsichtsratspflichten die persönliche Tätigkeit einer verantwortlichen Person voraussetzen ²⁾. Das Erfordernis der persönlichen und eigenverantwortlichen Tätigkeit einer natürlichen Person ba-

1) Baumbach-Hueck, § 100 Rdnr. 2.

2) Vgl. die amtliche Begründung zu § 100 AktG (= § 97 RegE) in BT-Drucks. IV Nr. 171 S. 136.

siert auf haftungs- und strafrechtlichen Überlegungen, aber auch auf der Art der organschaftlichen Pflichten¹⁾. Wäre die Mitgliedschaft von juristischen Personen im Aufsichtsrat zulässig, so könnte sie ihre Mitgliedschaftsrechte ebenfalls nur durch natürliche Personen wahrnehmen lassen. Diese befänden sich regelmäßig in einem Pflichtenkonflikt. Als Vertreter des Aufsichtsratsmitgliedes, d. h. in diesem Falle als Vertreter der juristischen Person, würden sie jedenfalls im Innenverhältnis ohne Zweifel an dessen Weisungen gebunden sein. Als im Aufsichtsrat tätige Personen hätten sie dagegen die persönliche Verpflichtung, für die Interessen der AG zu arbeiten. Die hier deutlich werdende Pflichtenkollision hat das Aktiengesetz zugunsten des Gesellschaftsinteresses gelöst, indem es durch das Verbot der Mitgliedschaft von Körperschaften den Pflichtenkonflikt überhaupt ausgeschaltet hat²⁾. Das Verbot der Mitgliedschaft von juristischen Personen im Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften erweist sich somit als ein formelles Mittel, die rechtliche Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder im Interesse ihrer Tätigkeit für das Unternehmen zu gewährleisten. Es müßte nun als kaum verhüllte Umgehung dieser aktienrechtlichen Entscheidung angesehen werden, wollte man an Stelle der unzulässigen Weisungsbefugnis des Vertretungsrechts die des Beamtenrechts setzen. Die beamtenrechtlich weisungsbefugte Körperschaft erhielte entgegen dem Aktienrecht auf diesem Wege praktisch die Stellung, die es als Mitglied im Aufsichtsrat haben würde. Dadurch würde die vom Aktienrecht ausgeschaltete Pflichtenkollision wiederbelebt und gerade beim Beamten in besonders starkem Maße auftreten. Der zum Aufsichtsratsmitglied bestellte Beamte würde durch seine Weisungsgebundenheit in ein für ihn im Einzelfall kaum zu durchschauendes Pflichtenknäuel verwoben, das seine Handlungsfähigkeit als Mitglied des Unternehmensorgans sehr stark beeinträchtigen würde. Er wäre dann einerseits an Weisungen seiner vorgesetzten Dienststelle ge-

1) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 100 Anm. 2.

2) Vgl. hierzu auch BGHZ 36, S. 311.

bunden und würde im Falle der Nichtbeachtung nach § 77 BBG bzw. nach einem aufgrund von § 45 BRRG erlassenen Landesgesetz ein Dienstvergehen begehen. Die Gehorsamspflicht bestünde aber nur für den Fall solcher Weisungen, die nicht gesellschaftsschädlich sind. Befolgt er dagegen gesellschaftsschädliche Weisungen, verletzt er das Aktienrecht, und ist zum Schadensersatz verpflichtet oder macht sich möglicherweise nach § 266 StGB sogar strafbar ¹⁾. Auch wenn er nach § 67 BBG die nachteiligen Folgen eines gegen ihn gerichteten Schadensersatzanspruches unter bestimmten Voraussetzungen durch einen Rückgriffsanspruch gegen seinen Dienstherrn im Ergebnis auffangen kann ²⁾, bliebe für ihn die Verpflichtung und das damit verbundene Risiko bestehen, im Einzelfall zwei schwierig abgrenzbare Pflichten in innergesellschaftliches Handeln umzusetzen. Nun ist das Aktienrecht zwar keine Beamenschutzvorschrift, seine Regelungen sind ausschließlich an dem Ziel orientiert, das Recht der AG sinnvoll zu gestalten. Zu dieser Gestaltung gehört aber auch die gewollte Vermeidung von Pflichtenkollisionen der Aufsichtsratsmitglieder im Interesse eines Freistellens ihres Handelns ausschließlich für die AG, was das Aktienrecht durch das Verbot der Mitgliedschaft von Körperschaften im Aufsichtsrat bewirken wollte. Diese Regelung der Pflichtenkollision durch die Ausschaltung von Gehorsams- und Folgepflichten muß grundsätzlich für alle Arten solcher Pflichten gelten, also nicht nur für das körperschaftliche Vertretungsrecht, sonstige privatrechtliche Dienst- und Auftragsverhältnisse ³⁾, sondern auch für die beamtenrechtliche Weisungsgebundenheit.

Eine Sonderregelung für die aufgezeigte Pflichtenkollision ist im Falle der beamtenrechtlichen Folgepflicht auch nicht aus den bereits aufgezeigten anderen Durchbrechungen des Aktiengesetzes gerechtfertigt. Besonders aus § 68 BBG und dem aus dieser Vor-

1) Vgl. dazu BGHZ 36 S. 308 sowie Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 239.

2) Vgl. Fischbach, Bundesbeamtengesetz, Erläuterungen zu § 67.

3) Vgl. dazu Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 207.

schrift möglicherweise zu entnehmenden besonderen Abberufungsrecht ¹⁾ der öffentlichen Hand gegenüber ihren in den Unternehmensorganen vertretenen Beamten könnte man zwar aufgrund eines "Erst-recht-Schlusses" zu der Auffassung gelangen, daß, wenn ein Beamter im Aufsichtsrat schon vorzeitig abberufen werden darf, ihm erst recht auch Weisungen erteilt werden dürfen. Der genau umgekehrte Schluß ist jedoch richtig. Weil den Beamten im Aufsichtsrat rechtswirksam keine Weisungen erteilt werden können, soll die öffentliche Hand im Konfliktfall wenigstens das Recht haben, das aufgrund ihres Einflusses bestimmte Aufsichtsratsmitglied abzulösen. Diese Art der Konfliktregelung zwischen Aufsichtsratsmitglied und dem es wählenden Staat entspricht auch den übrigen Regelungen des Aktienrechts. Die weisungsfreien Aufsichtsratsmitglieder können nach § 103 I AktG von der Hauptversammlung durch einen Beschluß mit einer Dreiviertelmehrheit abberufen werden. Eine entsprechende Abberufungsmöglichkeit besteht für die grundsätzlich weisungsungebundenen Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten nach dem Betriebsverfassungsgesetz und den Mitbestimmungsgesetzen ²⁾. Sieht die Satzung nach § 101 II AktG für bestimmte Aktionäre ein besonderes Entscheidungsrecht vor - eine Möglichkeit, bei der vorwiegend an die öffentliche Hand gedacht wird ³⁾ -, so kann der Entscheidungsberechtigte nach § 103 II AktG den Entsandten jederzeit abberufen und durch einen neuen ersetzen. Solche Abberufungsregelungen wären überflüssig, wenn den Aufsichtsratsmitgliedern verbindliche Weisungen erteilt werden könnten. Jedenfalls muß dies für eine verbindliche Außenwirkung der Weisungen gelten ⁴⁾.

1) Vgl. Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 228.

2) Die Weisungsfreiheit der Arbeitnehmervertreter ist ausdrücklich in § 4 Abs. 3 des Montanmitbestimmungsgesetzes geregelt. Die Abberufung der Arbeitnehmervertreter richtet sich nach § 11 Abs. 2 des Mitbestimmungsgesetzes und nach § 76 Abs. 5 des Betriebsverfassungsgesetzes 1952.

3) Vgl. Baumbach-Hueck, § 101 Rdnr. 8, unter Hinweis auf die amtliche Begründung zu § 88 AktG 1937.

4) Ein Teil der Literatur nimmt eine Weisungsgebundenheit nur im Innenverhältnis Staat - Beamter an; vgl. hierzu insbesondere Rupp, Grundfragen, S. 19 ff., besonders S. 44-70.

Das Verbot der Mitgliedschaft von juristischen Personen im Aufsichtsrat und die persönliche Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung des Gesellschaftsinteresses einerseits sowie die Möglichkeit der Abberufung und der dadurch gegebenen indirekten Einflußmöglichkeit andererseits sind als formelle Mittel des Aktienrechts anzusehen, bestehende oder mögliche Pflichtenkollisionen im Gesamtinteresse der AG zu lösen bzw. zu vermeiden. Dieses System durch den Einbau einer Weisungsbefugnis der öffentlichen Hand gegenüber den beamteten Aufsichtsratsmitgliedern zu sprengen, erscheint weder gerechtfertigt noch - auch unter Berücksichtigung eines besonderen "öffentlichen Interesses" - besonders notwendig. Eine Sonderstellung für die beamtenrechtlich begründete Weisungsbefugnis steht nicht nur allgemein im Gegensatz zu den auch außerhalb des Beamtenrechts bestehenden privatrechtlichen Gehorsams- und Folgepflichten, z. B. eines privaten Dienst- oder Auftragsverhältnisses, sie brächte auch speziell für die verschiedenen Formen einer staatlich beeinflussten Besetzung des Aufsichtsrates einer AG verschiedene Bindungen mit sich. Der Beamte würde als Aufsichtsratsmitglied an Weisungen gebunden sein, der Angestellte im öffentlichen Dienst dagegen nicht. Ebenso dürften die häufig in den Aufsichtsräten von Aktiengesellschaften mit staatlicher Kapitalbeteiligung vertretenen Spitzen der Exekutive einer Gebietskörperschaft wie Bürgermeister oder Mitglieder einer Regierung und Personen, die ehemals solche Ämter bekleidet haben, nicht an Weisungen gebunden sein. Diese unterschiedliche, dem Aktiengesetz widersprechende Behandlung der Beamten würde daher selbst innerhalb der verschiedenen Formen staatlich beeinflusster Besetzungen von Aufsichtsräten eine Abweichung bedeuten. Für eine solche Abweichung bestehen aber keine zwingenden Gründe. Eine Weisungsbefugnis des Staates gegenüber seinen Beamten in den Aufsichtsräten besteht daher nicht. Die öffentliche Hand muß sich auch bei den Beamten, wie bei allen auf ihre Veranlassung in den Aufsichtsrat gewählten oder entsandten Personen darauf beschrän-

ken, einen indirekten Einfluß auf sie auszuüben. Dieser indirekte Einfluß ist zwar nicht rechtsverbindlich, dürfte in der Praxis aber genauso wirksam sein wie eine Anweisung.

Die materielle Grenze dieses indirekten Einflusses liegt wie bei allen Einflußnahmen in der Gesellschaftsschädlichkeit. Gesellschaftsschädliche Einflußnahmen der öffentlichen Hand begründen für sie nach § 117 AktG ebenso eine Schadensersatzpflicht wie für Beamte, die entsprechende "Anregungen" befolgen, sich eine solche Konsequenz aus § 116 i. V. mit § 93 II AktG ergibt. Diese materielle Schranke der Einflußnahme besteht selbst dann, wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung die Weisungsgebundenheit der beamteten Aufsichtsratsmitglieder generell bejaht ¹⁾, sie nur im Innenverhältnis Beamter - Staat anerkennt ²⁾ oder nur bei "untergeordneten Einzelfragen" für zulässig hält ³⁾. Der Streit um die formelle Weisungsgebundenheit beamteter Organmitglieder wird somit praktische Bedeutung nur noch im Innenverhältnis Staat - Beamter erlangen, dann nämlich, wenn entgegen der Regel ein beamtetes Aufsichtsratsmitglied sich gegenüber seinem Dienstherrn weigert, ihm für die Aufsichtsratssitzungen mitgegebene "Anregungen" zu befolgen. Bei den ohnehin seltenen Fällen einer solchen Weigerung wird es dennoch häufig keine rechtlichen Streitigkeiten geben, da bei näherer Untersuchung die behauptete Weigerung nur ein Alibi der öffentlichen Hand ist, um selbst das Unterlassen einer Einflußnahme politisch nicht verantworten zu müssen.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, daß entsprechend dem allgemeinen aktienrechtlichen Grundsatz beamtete Aufsichtsratsmitglieder bei der Ausübung ihrer organschaftlichen Tätigkeit nicht an die Weisungen ihrer vorgesetzten Dienststelle gebunden sind.

1) Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 235.

2) Rupp, Grundfragen, S. 19 ff.

3) Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 205.

Sie sind als Mitglied des Aufsichtsrates dazu verpflichtet, für das "Wohl der AG" zu arbeiten. Nur in diesem Rahmen dürfen sie auch das jeweilige staatliche Beteiligungsinteresse zur Geltung bringen. Nur insoweit darf auch der staatliche Aktionär selbst durch indirekte oder rechtlich nicht bindende Maßnahmen auf die Gesellschaft Einfluß nehmen. Ist der staatliche Aktionär mit der Tätigkeit eines beamteten Aufsichtsratsmitgliedes nicht einverstanden, so kann er nur von einer Wiederwahl bzw. einer erneuten Entsendung des Beamten absehen oder diesen anweisen, sein Mandat vorzeitig niederzulegen.

B Gemeinderecht

Neben der erörterten allgemeinen beamtenrechtlichen Folgepflicht werden in der Literatur vielfach die Spezialregelungen des § 70 der Deutschen Gemeindeordnung (DGO) vom 30. 1. 1935¹⁾ und die weitgehend auf dieser Vorschrift basierenden entsprechenden Regelungen in den heutigen Gemeindeordnungen der Bundesländer²⁾ als eine Durchbrechung des Aktiengesetzes angesehen. Diese Durchbrechung soll geeignet sein, eine größere Einflußnahme der Gemeinden auf die Aktiengesellschaften und speziell eine Weisungsgebundenheit der Vertreter der Gemeinden in den Aktiengesellschaften mit gemeindlicher Kapitalbeteiligung zu begründen³⁾.

Inwieweit eine solche Annahme zutrifft, hängt sowohl vom Inhalt der gemeinderechtlichen Vorschriften als auch von ihrem Verhältnis zum Aktiengesetz ab.

1) RGBl I S. 49.

2) Vgl. beispielsweise § 101 GO von Hessen, § 72 GO von NRW und § 83 GO von Rheinland-Pfalz.

3) Vgl. hierzu die ausführlichen Erörterungen bei Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 172 ff.; Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 83 ff., sowie Ipsen JZ 1955 S. 597 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen sowie die einzelnen Kommentierungen zu den Nachfolgevorschriften des § 70 DGO. Der BGH hat diese Frage ausdrücklich offengelassen, vgl. BGHZ 36 S. 304.

I Der Inhalt des § 70 DGO

Die Annahme einer Weisungsbefugnis der Gemeinden gegenüber ihren Vertretern in Aktiengesellschaften kann sich auf folgenden Wortlaut des § 70 DGO stützen:

" (1) Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde in der Gesellschaftsversammlung oder in dem dieser gleichgestellten Organ der Unternehmen, an denen die Gemeinde beteiligt ist. Bestellt der Bürgermeister Beamte oder Angestellte als Vertreter, so sind sie an seine Weisungen gebunden.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend, wenn der Gemeinde das Recht eingeräumt ist, Mitglieder des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines ähnlichen Organs von Unternehmen zu bestellen."

Diese Regelung bezweckte nach der amtlichen Begründung zu § 70 DGO ¹⁾ die damals schon umstrittene, vorwiegend aber abgelehnte Weisungsbefugnis gegenüber den Vertretern der öffentlichen Hand in den staatlich beeinflussten Unternehmen wenigstens für die Gemeinden anzuerkennen. Wieweit diese Weisungsbefugnis speziell im Verhältnis zu den Aktiengesellschaften im einzelnen gehen soll, ist durch diese Vorschrift nicht ganz klar geworden. Am wenigsten problematisch ist dabei § 70 I DGO. Dieser Absatz regelt einmal die Frage, wer von Seiten der Gemeinde für ihre Vertretung in der Gesellschaftsversammlung, d. h. bei den Aktiengesellschaften in der Hauptversammlung zuständig ist. Dies ist gemeindeinternes Organisationsrecht und bedarf hier keiner weiteren Erörterung ²⁾. Die in § 70 I DGO ausgesprochene Weisungsgebunden-

1) Abgedruckt bei Surén-Loschelder II, § 70 Anm. 1.

2) Das gemeinderechtliche Schrifttum behandelt hier die Frage, ob außer dem Bürgermeister und den vertretungsberechtigten Beamten und Angestellten auch Ehrenbeamte und Gemeinderatsmitglieder vertretungsberechtigt sind, vgl. Quack DVBl 1965 S. 347.

heit der vom Bürgermeister zu seinen Vertretern in der Hauptversammlung bestellten Beamten und Angestellten kollidiert nicht mit dem Aktienrecht, da Aktionärsvertreter in der Hauptversammlung, anders als im Aufsichtsrat oder Vorstand, an Weisungen gebunden werden können ¹⁾. Problematisch ist dagegen die Bedeutung des § 70 II DGO in seinem Verhältnis zum Aktienrecht, und zwar gleich in doppelter Hinsicht. Diese Vorschrift begründet nicht nur eine dem Aktienrecht entgegenstehende Weisungsgebundenheit für von der Gemeinde bestellte Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, sondern spricht auch über die Begründung einer Weisungsbefugnis hinaus etwas aus, was nach dem Aktienrecht des Jahres 1935 gar nicht möglich war: daß nämlich Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder von der Gemeinde "bestellt" werden können ²⁾. Ein besonderes Entsendungsrecht für Aufsichtsratsmitglieder gab es erst mit der Regelung des § 88 im Aktiengesetz von 1937, dem Vorläufer des § 101 II AktG 1965. Ein besonderes Entsendungs- und "Bestellungsrecht" für Vorstandsmitglieder hat es dagegen niemals gegeben.

Aufgrund des damaligen Fehlens einer aktienrechtlichen Umsetzungsmöglichkeit für das von § 70 II DGO Vorausgesetzte wird in der Literatur nun vielfach der Schluß gezogen, daß diese Vorschrift nicht bloß Verweisungscharakter gehabt habe, sondern selbst Rechtsgrundlage für eine vom Aktienrecht abweichende Ernennung und Bestellung von Organmitgliedern gewesen sei. Ohne eine solche Interpretation, so wird argumentiert, wäre der praktische Anwendungsbereich dieser Vorschrift sehr gering gewesen, da damals die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden vorrangig in Form von Aktiengesellschaften betrieben wurden ³⁾.

1) Vgl. oben A.

2) Rechtsprechung und Lehre hielten vereinbarte und satzungsmäßig festgelegte Entsendungsrechte in Organen von Aktiengesellschaften auch zur damaligen Zeit für unzulässig. Vgl. RGZ 133 S. 90 (94), vgl. dazu auch Vogel, a.a.O. S. 172, und Berkemann, a.a.O. S. 86.

3) Siehe S. 121.

Die für die damalige Zeit festgestellte Bevorzugung der AG als Unternehmenform für die öffentliche Hand mag zwar zutreffen, dies kann aber nicht als Begründung ausreichen, um entgegen dem eindeutigen Wortlaut des § 70 II DGO den Anwendungsbereich dieser Vorschrift über die Zweckverbände und Genossenschaften ¹⁾ sowie Gesellschaften m. b. H. ²⁾ hinaus auch auf Aktiengesellschaften auszudehnen ³⁾. § 70 II DGO setzt von seinem Wortlaut her das Bestehen eines Entsendungs- und Bestellungsrechts auf einer anderen Rechtsgrundlage voraus, indem es die Weisungsgebundenheit der Organmitglieder nur dann begründet, "wenn der Gemeinde das Recht eingeräumt ist, Mitglieder des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines ähnlichen Organs von Unternehmen zu bestellen". Da es beim Inkrafttreten der DGO im Jahre 1935 ein solches besonderes Entsendungsrecht nach den aktienrechtlichen Vorschriften nicht gab, konnte § 70 II DGO und die darin begründete Weisungsbefugnis somit auf die Aktiengesellschaften keine Anwendung finden. Dies änderte sich mit der Neufassung des Aktienrechts im Jahre 1937, indem § 88 AktG 1937 es zuließ, daß durch die Satzung einer AG für maximal ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder ein besonderes Entsendungsrecht begründet werden konnte. Die in den Aufsichtsrat entsandten Mitglieder waren zwar nach § 88 AktG 1937 grundsätzlich nicht an Weisungen gebunden ⁴⁾, für die von den Gemeinden entsandten Aufsichtsratsmitglieder griff jedoch nunmehr die Spezialregelung des § 70 II DGO Platz ⁵⁾. Die DGO von 1935

3) von S. 120:

Vgl. Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 86; Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 172; Burger, Rechtsstellung, S. 45, sowie Quack, DVBl 1965 S. 348.

1) Vgl. dazu Quack, a.a.O., sowie Surén-Loschelder, § 70 Anm. 2 a.

2) Anders als das Aktiengesetz läßt das GmbH-Gesetz die satzungrechtliche Verankerung eines Entsendungs- und Bestellungsrechts für eine Behörde zu. Vgl. Baumbach-Hueck, GmbHG, § 6 Anm. 3 B; Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 6 Rdnr. 6. Vgl. auch Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 366.

3) Gegen eine erweiternde Auslegung auch Blank, Der Städtetag 1958 S. 108.

4) Vgl. dazu BGHZ 36 S. 305.

5) Vgl. Püttner, Kommunale Energieversorgung, S. 83 und S. 91.

wurde durch das damals ranggleiche Aktienrecht inhaltlich weder abgeändert, ergänzt oder sonst irgendwie inhaltlich berührt. Der Einfluß verlief vielmehr in umgekehrter Richtung. Anders als die allgemeine beamtenrechtliche Folgepflicht¹⁾ konnte die ausdrücklich auf die Mitwirkung in Unternehmensorganen bezogene Folgepflicht des § 70 II DGO das Aktiengesetz wegen seines Spezialcharakters durchbrechen, weil es durch die Schaffung entgegenstehenden späteren Rechts als solches nicht außer Kraft gesetzt wurde ("lex posterior generalis non derogat legi priori speciali"²⁾)).

Wurde demzufolge nach 1937 von der Möglichkeit des § 88 AktG 1937 Gebrauch gemacht und ein besonderes Entsendungsrecht für eine Gemeinde satzungsrechtlich festgelegt, so waren diese ausnahmsweise entgegen den sonstigen aktienrechtlichen Grundsätzen an die Weisungen der sie entsendenden Behörde gebunden³⁾.

II Die Ablösung der DGO durch die Ländergemeindeordnungen

Die bisher geschilderte Rechtslage basierte auf der grundsätzlichen Gleichrangigkeit von Aktiengesetz und Deutscher Gemeindeordnung als Reichsgesetzen, wobei der § 70 II DGO als Spezialvorschrift angesehen wurde. Diese grundsätzliche Gleichrangigkeit von Aktien- und Gemeinderecht endete spätestens⁴⁾ mit der Schaffung der neuen Gemeindeordnungen durch die Bundesländer aufgrund der ihnen durch das Grundgesetz zugefallenen Kompetenz zur Regelung des Gemeinderechts.

Da die Gemeindeordnungen der Länder nicht mehr gleichrangiges

1) Vgl. oben A.

2) Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 171.

3) So im Ergebnis auch Püttner, Kommunale Energieversorgung, S. 83 f. und S. 91; ebenso Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 203 und S. 208 und Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 505.

4) Zur Gültigkeit und Rechtsqualität der DGO nach 1945 bis zum Inkrafttreten der neuen Gemeindeordnungen vgl. Quack, DVBl 1965 S. 349 f. mit weiteren Hinweisen.

Recht im Verhältnis zum bundesrechtlichen Gesellschaftsrecht sind, regelt sich das Verhältnis der beiden Normen zueinander auch nicht mehr nach allgemeinen Grundsätzen der Gesetzeskonkurrenz, hier also der Spezialität, sondern grundsätzlich nach der hierfür vom Grundgesetz ausdrücklich geschaffenen Normenkonfliktsregelung des Art. 31 GG. Aus dem Vorrang des bundesrechtlichen Aktienrechts gegenüber dem landesrechtlichen Gemeinderecht wird daher auch teilweise die Konsequenz gezogen, daß die weisungsbegründenden Spezialregelungen der Gemeindeordnungen nichtig seien ¹⁾.

Für die gleichlautenden bzw. inhaltlich dem § 70 II DGO entsprechenden Gemeindeordnungen der Länder hat eine solche Annahme die Konsequenz, daß bestehende materielle Regelungen allein durch eine mehr oder weniger zufällige Kompetenzverlagerung geändert worden sein sollen. Eine solche Konsequenz erscheint "zumindest merkwürdig" ²⁾. Vertretbar dürfte daher die diese Konsequenz vermeidende Ansicht sein, daß die einmal durch § 70 II DGO vollzogene Durchbrechung des Aktienrechts nach dem Fortfall dieser Vorschrift nicht wieder rückgängig gemacht wurde und den Ländergemeindeordnungen die Möglichkeit gegeben war, den von ihrem reichsrechtlichen Vorläufer geschaffenen "Freiraum" wieder auszufüllen. Den Fortbestand dieser Abgrenzung von Aktien- und Gemeinderecht wird man um so mehr annehmen dürfen, als auch der Bundesgesetzgeber bei der Verabschiedung des Aktiengesetzes 1965 nichts an dem bisherigen Zustand geändert hat, obwohl ihm dieses Problem nicht entgangen sein dürfte ³⁾.

Dieses Ergebnis ist auch dogmatisch mit Art. 31 GG in Einklang zu bringen. Das Gesellschaftsrecht fällt nach Art. 74 Ziffern 1 und 11 GG in die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes. Nach Art. 72 I

1) So ausdrücklich Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 203 mit Hinweis; Bedenken in der gleichen Richtung äußert auch Köttgen, DJT-Festschrift, S. 610.

2) Burger, Rechtsstellung, S. 45.

3) Vgl. dazu auch Püttner, Kommunale Energieversorgung, S. 91.

GG steht den Ländern eine Gesetzgebungsbefugnis im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nur solange und soweit zu, als der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch macht. Grundsätzlich wird man zwar davon ausgehen müssen, daß der Bundesgesetzgeber das Aktienrecht erschöpfend geregelt hat und demzufolge die Länder keine abweichenden neuen Regelungen treffen können. Im Zusammenhang mit Art. 31 GG ist bei den Gegenständen der konkurrierenden Gesetzgebung aber ein schärferer Maßstab anzulegen und zu fragen, ob Bundesrecht abweichendes Landesrecht wirklich beseitigen will ¹⁾. Für das ehemals gleichrangige, nur durch Kompetenzverlagerung dem Aktiengesetz nachgeordnete Gemeinderecht der Länder fehlt ein solcher ausdrücklicher Beseitigungswille. Man wird daher davon ausgehen müssen, daß sowohl die Kompetenzverlagerung als auch die Neufassung des Aktiengesetzes von 1965 die bisherige Regelung unberührt gelassen haben ²⁾. Zu beachten ist aber, daß dies nur für die bisherigen Regelungen, d. h. für solche Vorschriften gilt, die dem § 70 II DGO entsprechen und nicht über ihn hinausgehen. Die Ländergemeindeordnungen können nur den Raum ausfüllen, den § 70 II DGO als Spezialvorschrift gegenüber dem Aktienrecht geschaffen hat. Eine weitergehende Änderung des Aktiengesetzes ist durch Landesrecht nicht möglich. Als vollgültig wird man daher diejenigen gemeinderechtlichen Vorschriften ansehen können, die dem § 70 II DGO entsprechen. Vorschriften, die darüber hinausgehen, sind durch gesetzeskonforme Auslegung für ihre Anwendung auf Aktiengesellschaften auf diesen Umfang zu beschränken. Sie können allenfalls bei Gesellschaften m. b. H. oder sonstigen "Unternehmen" i. S. der Gemeindeordnungen in vollem Umfang Gültigkeit behalten.

Im Ergebnis bleiben somit die Auswirkungen des Gemeinderechts

1) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 31 Rdnr. 13.

2) So auch Burger, Rechtsstellung, S. 46 f.; Quack DVBl 1965, S. 350, sowie Püttner, Kommunale Energieversorgung, S. 91.

auf die Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Organmitglieder einer AG gering. Nur wenn den Gemeinden nach § 101 II AktG 1965 durch die Satzung der Gesellschaft ein besonderes Entsendungsrecht für maximal ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder eingeräumt ist, sind diese nach den Gemeindeordnungen an die Weisungen der gemeindeintern für die Erteilung von Weisungen zuständigen Stelle gebunden. Aber auch für diese weisungsgebundenen Aufsichtsratsmitglieder gilt die vom Aktiengesetz allgemein vorgeschriebene materielle Beschränkung jeglicher Einflußnahme, die es dem Weisungsberechtigten verbietet, schädlichen Einfluß auf die AG auszuüben, und es dem Weisungsgebundenen untersagt, gesellschaftsschädliche Weisungen zu befolgen. Auch die gemeinderechtlich an Weisungen gebundenen Aufsichtsratsmitglieder einer AG unterliegen der allgemeinen aktienrechtlichen Treuepflicht gegenüber der AG ¹⁾ und haben sich vorrangig für die "Belange" und das "Wohl der Gesellschaft" einzusetzen ²⁾.

In der Praxis wird diese gemeinderechtliche Durchbrechung des Aktienrechts kaum praktische Auswirkungen zeitigen. Die weisungsgebundenen, von der Gemeinde abhängigen Aufsichtsratsmitglieder sind als entsandte Mitglieder nach § 103 II AktG 1965 ohnehin jederzeit abberufbar. Der dadurch gesteigerte indirekte Einfluß der Gemeinden auf die von ihnen entsandten Aufsichtsratsmitglieder wäre daher auch ohne eine solche Weisungsgebundenheit in der Regel groß genug, um die jeweiligen Vorstellungen und Interessen der Gemeinde in den Entscheidungsprozeß der Gesellschaftsorgane einfließen zu lassen. Diese rechtlich und faktisch begrenzte Durchbrechung ist somit nicht so schwerwiegend, als darin ein "tiefer Einbruch in die Organisationsprinzipien des Aktienrechts" ³⁾ oder die Verwirklichung eines "überpositiven Prinzips" ⁴⁾ gesehen werden

1) Vgl. Kottenberg-Rehn, § 72 GO NRW Anm. IV.

2) Vgl. Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick, § 83 GO Rheinland-Pfalz Anm. 5.

3) So Ballerstedt, DÖV 1951, S: 449 (452).

4) Ipsen, Hamburgs Verfassung und Verwaltung, S. 238; vgl. dazu die ablehnende Stellungnahme des BGH in BGHZ 36 S. 305; dagegen wiederum Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 215 f.

könnte, mit dessen Hilfe allgemein eine staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften dem Aktienrecht weitgehend entzogen und vorrangig dem öffentlichen Recht unterstellt werden könnte. Auch für eine gemeindliche Beteiligung an Aktiengesellschaften bleiben die dargelegten aktienrechtlichen Grundsätze für die Zulässigkeit von Einflußnahmen auf eine AG weitgehend erhalten und bestimmend.

C Haushaltsrecht

Neben dem Beamten- und Gemeinderecht enthält auch das Haushaltsrecht Vorschriften über die Beteiligung der öffentlichen Hand an privaten Unternehmen. Hieraus können sich möglicherweise ebenfalls erweiterte Einflußmöglichkeiten des staatlichen Aktionärs ergeben.

I Einflußmöglichkeiten der öffentlichen Hand nach dem Haushaltsrecht

Haushaltsrechtlich ist die Beteiligung des Bundes an privatrechtlichen Unternehmen in § 65 BHO ¹⁾, der Nachfolgevorschrift des § 48 RHO, geregelt. In Absatz 1 Ziff. 3 dieser Vorschrift ist bestimmt, daß sich der Bund an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen soll, wenn er "einen angemessenen Einfluß, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält."

Diese Vorschrift legt, wie die übrigen Ziffern des § 65 I BHO, in Form einer Soll-Vorschrift die Voraussetzungen für eine Beteiligung des Bundes fest, und zwar für jede kapitalmäßige Beteiligung, die eine Dauerbeziehung zu dem Unternehmen begründen soll ²⁾. Der verlangte "angemessene Einfluß" muß dem Umfang

1) Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969, BGBl I S. 1284 ff.

2) Siehe S. 127.

und der Bedeutung der Beteiligung entsprechen; er soll zwar "insbesondere im Aufsichtsrat" geltend gemacht werden, andere Möglichkeiten der Einflußnahme werden dadurch aber nicht ausgeschlossen¹⁾. Welche anderen Arten von Einflußmöglichkeiten damit gemeint sind, läßt § 65 I Ziff. 3 zwar offen. Aus seiner Funktion heraus, die Voraussetzungen für eine Beteiligung des Bundes an privatrechtlichen Unternehmen zu bestimmen, ist jedoch zu entnehmen, daß die Einflußmöglichkeiten sich jedenfalls im Rahmen des gesellschaftsrechtlich Zulässigen halten müssen²⁾. Diese Vorschrift richtet sich nur an die Stellen, die die Bundesbeteiligungen verwalten, und legt mit Innenwirkung³⁾ die von ihnen zu beachtenden Grundsätze fest; sie ist daher keine Ermächtigungsgrundlage mit Außenwirkung zur Erweiterung der gesellschaftsrechtlich zulässigen Einflußmöglichkeiten. Für den Vorgänger des § 65 BHO, den § 48 RHO, war dies umstritten. In § 48 II S. 1 RHO war dem Reich vorgeschrieben, daß es sich bei der Gründung "durch geeignete Abmachungen den nötigen Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft, insbesondere eine angemessene Vertretung im Aufsichtsrat, sichern" sollte. Dieser Regelung sprach insbesondere Berkemann⁴⁾ eine Außenwirkung zu und sah in ihr zugleich auch eine Ermächtigungsgrundlage für gesellschaftsrechtlich nicht vorgesehene Einflußnahmen der öffentlichen Hand. Als Begründung hierfür verwies er im wesentlichen auf eine angebliche Verletzung des Grundsatzes von der Einheit der Rechtsordnung, die dadurch entstünde, daß vom Staat intern verlangt werde, seinen Einfluß auf eine AG durch geeignete Abmachungen zu sichern, die externen Möglichkeiten des Gesellschaftsrechts dafür aber keinen Raum böten⁵⁾. Abgesehen davon, daß diese

2) von S. 126:

Vgl. Ziffer 1.2 der "vorläufigen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung", abgedruckt bei Patzig-Traber, Haushaltsrecht Bd. 2.

1) Vgl. Nr. 391 der Begründung zum Entwurf der Bundeshaushaltsordnung, BT-Drucks. V S. 3040.

2) Vgl. Lohl, Die Aktiengesellschaft 1970, S. 161, unter Hinweis auf Kahrenke, DöH Jahrgang 9 Heft 4 S. 198.

3) Vgl. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 190.

4) Kapitalbeteiligung, S. 154 ff.

5) A.a.O. S. 165 f.

Auslegung des § 48 RHO überwiegend abgelehnt wurde ¹⁾, kann sie jedenfalls für § 65 BHO nicht zur Anwendung kommen. Der Bund wird durch § 65 I Ziff. 3 nicht intern verpflichtet, sich einen besonderen Einfluß zu sichern, den er gesellschaftsrechtlich nicht verwirklichen kann; ihm wird vielmehr nur vorgeschrieben, sich nur dann an einer Gesellschaft zu beteiligen, wenn er nach dem Gesellschaftsrecht einen "angemessenen Einfluß" ausüben kann. Ein Widerspruch zwischen interner Verpflichtung und äußeren Möglichkeiten besteht hierbei nicht. Nach der BGO kann es nur eine Bundesbeteiligung mit "angemessenem Einfluß" oder überhaupt keine Beteiligung geben.

Der Charakter des § 65 BHO als bloßes internes, ausschließlich den Bund verpflichtendes Recht, das die Einwirkungsrechte des Aktiengesetzes unberührt läßt, wird auch durch die anderen Absätze dieser Vorschrift bestätigt. Nach § 65 II BHO hat der für die Verwaltung der jeweiligen Bundesbeteiligung zuständige Bundesminister die Einwilligung des Bundesministers der Finanzen einzuholen und den für das Bundesvermögen zuständigen Bundesminister zu beteiligen, bevor der Bund Anteile an einem Unternehmen erwirbt, seine Beteiligung erhöht oder sie ganz oder zum Teil veräußert. Diese Mitwirkungsrechte gelten entsprechend auch bei einer Änderung des Nennkapitals oder des Gegenstandes des Unternehmens oder bei Änderung des Einflusses des Bundes. Der Bundesfinanzminister hat diese Bestimmung in den "Vorläufigen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung" weiter konkretisiert ²⁾, indem er u. a.

- die Auflösung eines Unternehmens,
- den Abschluß, die wesentliche Änderung und die Beendigung von Beherrschungsverträgen und die

1) Entgegen Berkemann ausdrücklich Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 201 und S. 209. Vgl. auch Schulze-Wagner, § 48 RHO Anm. 5-7 und Vialon, § 48 RHO Anm. 20 a. E.

2) Vor VV-BHO Ziffer 2 zu § 65 BHO.

- Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln sowie die Kapitalherabsetzung

zu einwilligungsbedürftigen Geschäften erklärt. Die hier aufgeführten einwilligungsbedürftigen Geschäfte umfassen Maßnahmen, die zu einem wesentlichen Teil auch die Verbandsautonomie einer AG kennzeichnen ¹⁾, dennoch lassen sie diese und die zu ihrem Schutz erlassenen aktenrechtlichen Vorschriften unberührt. Durch § 65 II BHO wird nicht die entsprechende Entscheidung der Gesellschaft selbst an die Einwilligung des Bundesfinanzministers gebunden, sondern es wird nur das Verhalten des zuständigen Bundesvertreters bei dem jeweiligen innergesellschaftlichen Willensbildungsprozeß einem Zustimmungserfordernis unterworfen. Da die aufgeführten Maßnahmen innerverbandlich in den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung fallen, dort aber die jeweiligen Aktionärsvertreter an Weisungen gebunden werden können ²⁾, kann auch der den Bund in der Hauptversammlung einer AG vertretende Bundesminister bzw. sein Beauftragter in diesen Fällen ohne Widerspruch zum Aktienrecht in seinem Verhalten an die Zustimmung eines außenstehenden Dritten gebunden werden.

In den Fällen, wo sich die Bundeshaushaltsordnung auf die nach dem Aktiengesetz grundsätzlich eigenverantwortliche und weisungsfreie Kompetenzausübung des Vorstandes und des Aufsichtsrates bezieht, begründet sie dagegen - im vollen Einklang mit dem Aktienrecht - kein ausdrückliches und besonderes Einwirkungsrecht einer außenstehenden staatlichen Stelle. Die Bundeshaushaltsordnung begnügt sich hier vielmehr damit festzustellen, daß der zuständige Bundesminister darauf hinwirken will, daß

- "ein Unternehmen, an dem der Bund unmittelbar oder mittelbar mit Mehrheit beteiligt ist, nur mit seiner Zustim-

1) Vgl. oben § 4 B I 2.

2) Vgl. oben A.

mung eine Beteiligung von mehr als dem vierten Teil der Anteile eines anderen Unternehmens erwirbt, eine solche Beteiligung erhöht oder sie ganz oder zum Teil veräußert" (§ 65 III BHO) oder

- "die auf Veranlassung des Bundes gewählten oder entsandten Mitglieder der Aufsichtsorgane der Unternehmen bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen des Bundes berücksichtigen" (§ 65 VI BHO).

Aus der vorsichtigen Formulierung der Bundeshaushaltsordnung, daß der zuständige Bundesminister auf etwas "hinwirken" soll, ist zu schließen, daß der Gesetzgeber nur an die Ausnutzung bestehender Einflußrechte gedacht hat und nicht eine Ermächtigung zu weitergehenden Einflüssen aussprechen wollte.

Insgesamt gesehen hat sich somit der § 65 BHO als eine nur interne, ausschließlich den Bund und seine Vertreter in den privatrechtlichen Unternehmen verpflichtende Vorschrift erwiesen und sich als ungeeignet gezeigt, die nach dem Aktienrecht bestehenden Einflußmöglichkeiten auf eine AG und ihre Organe zu erweitern. Aufgrund der durch die Haushaltsrechtsreform von 1969 notwendigen Neufassung der Haushaltsordnungen der Bundesländer, die den § 65 BHO wörtlich oder nur mit geringfügigen Abweichungen übernommen haben ¹⁾, gilt das für die Bundesbeteiligungen Gesagte auch für eine Länderbeteiligung an Aktiengesellschaften.

II Die haushaltsrechtlichen Kontrollmöglichkeiten

Anders als bei § 65 BHO, der staatsintern die Voraussetzungen einer öffentlichen Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen regelt, wurde mit § 53 des Haushaltsgrundsätzgesetzes (HGrG) ²⁾

1) Siehe dazu die Gegenüberstellung bei Piduch, im Anhang zu § 65 BHO.

2) HGrG vom 19. 8. 1969, BGBl I S. 1273 ff.

eine Vorschrift in das Haushaltsrecht aufgenommen, die ausdrücklich "Rechte gegenüber privatrechtlichen Unternehmen" begründen soll. Durch diese Vorschrift, die im Teil II des Haushaltsgrundsatzgesetzes steht und daher einheitlich und unmittelbar gilt, wurde vom Gesetzgeber das nachgeholt, was bei der Reform des Aktienrechts bewußt zurückgestellt wurde ¹⁾. § 53 HGrG räumt den Gebietskörperschaften, denen allein oder zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit der Anteile eines Unternehmens gehört, ein besonderes Kontroll- und Prüfungsrecht ein, das über die normale aktienrechtliche Abschlußprüfung nach § 162 ff. AktG hinausgeht. Es handelt sich hierbei um ein echtes Sonderrecht der öffentlichen Hand, das durch seine unmittelbare Geltung eine Modifizierung des Aktienrechts bewirkt ²⁾. Aus der haushaltsrechtlichen Vorschrift des § 53 HGrG wird damit zugleich eine Regelung des Gesellschaftsrechts ³⁾.

Nach § 53 I HGrG können die berechtigten Gebietskörperschaften verlangen, daß im Rahmen der Abschlußprüfung auch die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung überprüft und Einzelheiten über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens dargestellt werden. § 54 HGrG gestattet außerdem die bis dahin aktienrechtlich umstrittene satzungsrechtliche Verankerung einer unmittelbaren Prüfungsbefugnis der Rechnungshöfe bei den unter § 53 HGrG fallenden Unternehmen ⁴⁾. In Ergänzung zu § 53 und § 54 HGrG regeln die Haushaltsordnungen des Bundes ⁵⁾ und der Länder in weiteren Vorschriften Einzelheiten der Anwendung und der Durchführung dieser Kontroll- und Prüfungsmöglichkeiten, auf die hier nicht näher eingegangen zu werden braucht ⁶⁾. Für

1) Vgl. Lohl, Die Aktiengesellschaft 1970 S. 162 mit Hinweisen auf die Diskussionen im Bundestag zur Aktienrechtsreform. Vgl. auch "Das neue Haushaltsrecht", herausgegeben vom Bundesfinanzministerium, S. 28; sowie Richter JZ 1967 S. 440 ff.

2) Vgl. Piduch, BHO, vor § 66 Anm. 2.

3) Kahrehnke, DÖV 1971, S. 191.

4) Vgl. Piduch, vor § 66 Anm. 2 mit weiteren Hinweisen.

5) §§ 66 ff. BHO und § 92 BHO.

6) Siehe S. 132.

die hier interessierende Fragestellung genügt die Feststellung, daß das Haushaltsrecht, abweichend vom aktienrechtlichen Normalfall, dem staatlichen Aktionär unter gewissen Voraussetzungen ein auch den übrigen Aktionären gegenüber gültiges Sonderrecht gewährt. Dieses Sonderrecht begründet zwar keine unmittelbaren Einflußmöglichkeiten auf die Willensbildung und Handlung der AG; die durch die gesteigerte Kontroll- und Prüfungsbefugnis gewonnenen zusätzlichen Informationen der öffentlichen Hand dürften jedoch vielfach geeignet sein, die Möglichkeiten der indirekten faktischen Einflußnahme zu vergrößern.

D Spezielle Gründungs- und Beteiligungsgesetze

Die dargestellten Vorschriften des Beamten-, Gemeinde- und Haushaltsrechts regeln allgemein den Fall einer staatlichen Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften und bewirken in bestimmtem Umfang eine über die gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten hinausgehende Einflußnahme des staatlichen Aktionärs auf die Willensbildung und das Handeln der Gesellschaft. Neben diesen allgemeinen Rechtssätzen, die sich allgemein mit einer staatlichen unternehmerischen Tätigkeit befassen, hat der Gesetzgeber auch die Möglichkeit wahrgenommen, durch Spezialgesetz den Zweck, die innere Struktur und den staatlichen Einfluß in einer AG zu regeln. Als Beispiel hierfür seien das Zündwarenmonopolgesetz ¹⁾ sowie das Gesetz zur Privatisierung des Volkswagenwerkes ²⁾ genannt.

Das Zündwarenmonopolgesetz sieht neben allgemeinen Bestimmungen über das Zündwarenmonopol besondere Regelungen vor, die die Ausübung des Monopols einer "DEUTSCHEN-ZÜNDHOLZ-

6) von S. 131:

Vgl. hierzu die entsprechenden Kommentierungen der Haushaltsordnungen sowie insbesondere Lohl, Die Aktiengesellschaft 1970, S. 162 ff.

1) Gesetz vom 29. Januar 1930, RGBl I S. 11.

2) "Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk GmbH in private Hand" vom 21. Juli 1960, BGBl I S. 585.

VERKAUFS-AKTIENGESELLSCHAFT" übertragen (§ 4 des Gesetzes). Durch das Gesetz selbst und durch die vom Gesetz mitgegebene Satzung der Gesellschaft ¹⁾ wurden sehr detaillierte Regelungen über die innere Struktur, den Gegenstand und Zweck der Gesellschaft getroffen und weitgehende Einfluß- und Kontrollrechte des Staates begründet. Das Zündwarenmonopolgesetz enthält in § 11 und § 12 besondere Vorschriften über die Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat sowie bestimmte Mitwirkungsrechte der (Reichs-) Regierung bei der Bestellung der Organmitglieder. Durch die gesetzliche Übertragung des Zündwarenmonopols auf die Gesellschaft nach § 4 des Gesetzes und die Bindung der Existenz der "DEUTSCHEN-ZÜNDHOLZ-VERKAUFS-AKTIENGESELLSCHAFT" an das Bestehen des Monopols (§ 1 Abs. 3 der Satzung) sowie die Vorschriften über die Preisgestaltung (§ 13 des Gesetzes) werden Gegenstand und Zweck der Gesellschaft nicht nur in einer bisher schon bekannten Form fixiert ²⁾, sondern durch ein besonderes Gesetz definiert.

Die einseitige Bestimmung der unternehmerischen Zielsetzung durch einen außenstehenden Dritten und die genannten Regelungen der innergesellschaftlichen Rechtsbeziehungen finden im Aktienrecht keine Grundlage mehr. Sie stellen eine weitgehende Durchbrechung aktienrechtlicher Grundsätze dar und können nur wegen des spezialgesetzlichen Charakters des Zündwarenmonopolgesetzes gültig sein. Diese spezialgesetzliche Regelung der "DEUTSCHEN-ZÜNDHOLZ-VERKAUFS-AKTIENGESELLSCHAFT" und ihre in vieler Hinsicht vom Aktienrecht abweichende innere Struktur legen die Frage nahe, ob es sich hierbei noch um eine, wenn auch besonders ausgestaltete AG handelt, oder ob hier vielmehr von einer besonderen Gesellschaftsform gesprochen werden muß, für die der Gesetzgeber sich vom allgemeinen Gesell-

1) Vgl. § 16 des Gesetzes sowie die Satzung im Anhang zum Gesetz, RGBl I S. 20 ff.

2) Vgl. hierzu die Erörterungen über die zulässigen Beschränkungen der Verbandsautonomie im Rahmen von Schuldverhältnissen, oben § 4 B I 2.

schaftsrecht nur die Bezeichnung "Aktiengesellschaft" ausgeliehen hat. Dort, wo der Gesetzgeber selbst einen ausdrücklichen Bezug des spezialgesetzlichen Zündwarenmonopolgesetzes zum Aktienrecht hergestellt hat, findet diese Frage ebenfalls keine eindeutige Klärung. In § 6 Abs. 5 des Gesetzes ist bestimmt, daß "auf die Monopolgesellschaft die für Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften sinngemäße Anwendung finden, soweit nicht in dem Gesetz oder den Durchführungsbestimmungen Abweichendes vorgeschrieben ist". Daß es sich bei dieser Frage nicht bloß um ein begriffliches Problem der richtigen Umschreibung der Monopolgesellschaft als eine "AG mit besonderer Ausgestaltung" oder als eine "Sondergesellschaft in aktienrechtlicher Gestalt" handelt, zeigen die Erörterungen von Vogel ¹⁾ und Berkemann ²⁾, die in der Monopolgesellschaft gerade wegen ihrer besonderen, am öffentlichen Interesse orientierten Regelungen eine juristische Person des öffentlichen Rechts sehen ³⁾.

Die Qualifizierung der Zündwarenmonopolgesellschaft als privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Organisationsform mag hier dahingestellt bleiben. Auf sie wird später noch bei der allgemein zu behandelnden Frage zurückzukommen sein, ob und gegebenenfalls wann eine AG wegen der besonderen Ausgestaltung ihrer Organisation, wegen eines besonderen Verhältnisses zur öffentlichen Hand oder wegen der Art ihrer Tätigkeit in den Bereich der öffentlichen Verwaltung einzugliedern ist. Hier genügt die Feststellung, daß der Gesetzgeber ⁴⁾ die Möglichkeit hat und sie auch gebraucht, durch Spezialgesetz eine AG zu gründen, ihre Struktur und ihre unternehmerische Zielsetzung abweichend vom Aktiengesetz zu regeln und die Gesellschaft in besonderem Maße auf ein

1) Wirtschaftseinheiten, S. 132.

2) Kapitalbeteiligung, S. 44.

3) Für die privatrechtliche Rechtspersönlichkeit der Zündwarenmonopolgesellschaft dagegen Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1, S. 562 f., Bd. 2, S. 794 ff.

4) Wegen der Bundesrechtsqualität des Aktienrechts kommt heute dafür nur der Bundesgesetzgeber in Frage.

öffentliches Interesse zu verpflichten.

Im Vorgriff auf die Beantwortung der eben offengelassenen Frage kann aber bereits schon jetzt festgestellt werden, daß jedenfalls nicht jede auf Gesetz zurückzuführende Gründung einer AG und nicht jede gesetzliche Modifizierung des Aktienrechts die Qualifizierung einer Gesellschaft als "Aktiengesellschaft" ausschließt. Dies wird besonders deutlich bei der spezialgesetzlichen Gründung der "VOLKSWAGENWERKE-AG". Vor allem in § 4 des "VOLKSWAGENWERKE-Privatisierungsgesetzes" ¹⁾, der die Verfassung der Gesellschaft regelt, wird die spezialgesetzliche Durchbrechung des Aktienrechts deutlich ²⁾. Danach steht dem Bund und dem Land Niedersachsen ein besonderes Entsendungsrecht für den Aufsichtsrat der Gesellschaft zu. Nach § 101 Abs. 2 AktG kann ein solches Entsendungsrecht dagegen nur durch die Satzung der jeweiligen AG begründet werden. Die in den folgenden Absätzen des § 4 "Privatisierungsgesetz" vorgesehenen verschärften Mehrheitserfordernisse bei Abstimmungen in den Unternehmensorganen sind nach dem Aktiengesetz als innergesellschaftliches Recht zwar zulässig, eine außergesellschaftliche Verpflichtung, von dieser innergesellschaftlichen Verpflichtung Gebrauch zu machen, verstößt aber grundsätzlich gegen die aktienrechtlich geschützte Verbandsautonomie der Gesellschaft ³⁾. Die Zulässigkeit solcher, vom Aktienrecht abweichender Regelungen kann auch hier - ähnlich wie bei der Zündwarenmonopolgesellschaft - nur mit dem spezialgesetzlichen Charakter des Privatisierungsgesetzes begründet werden. Obwohl auch bei dieser spezialgesetzlichen Gründung einer AG und ihrer besonderen Ausgestaltung ein deutliches "öffentliches Interesse" als Handlungs- und Gestaltungsmotiv festzustellen ist ⁴⁾, dürfte der

1) BGBl I 1960 S. 585.

2) Die Abweichung vom Aktiengesetz wird auch ausdrücklich vom Bundesverfassungsgericht im Urteil über die Privatisierung des Volkswagenwerkes festgestellt, BVerfGE 12 S. 354 (357).

3) Vgl. dazu oben § 4 B I 2.

4) Vgl. hierzu die Darstellung des Privatisierungsgedankens und seiner Auswirkung auf die Gestaltung des Gesetzes bei BVerfGE 12 S. 354 ff.

privatrechtliche Charakter des Volkswagenwerkes als echte Aktiengesellschaft außer Frage stehen, war doch gerade die "Privatisierung" des Unternehmens die Grundidee der spezialgesetzlichen Gründung und Ausgestaltung der VOLKSWAGENWERKE-AG.

Wie die Regelungen des Volkswagen-Privatisierungsgesetzes zeigen, kann somit auch für die "echten" Aktiengesellschaften durch Spezialgesetz eine Modifizierung des Aktienrechts erfolgen und ebenso können die innere Struktur der Gesellschaft sowie der Einfluß der öffentlichen Hand auf die Gesellschaft abweichend vom Aktienrecht geregelt werden.

E Tätigkeitsbezogene Gesetze

Die bisher aufgeführten öffentlich-rechtlichen Modifikationen des Aktienrechts erfolgten durch besondere gesetzliche Regelungen, die sich speziell mit einer staatlichen Beteiligung an privaten Gesellschaften befassen. Will man die Möglichkeiten einer staatlichen Einflußnahme auf Aktiengesellschaften vollständig erfassen, so sind auch die allgemeinen Gesetze zu erwähnen, die bestimmte Arten von Tätigkeiten unabhängig von einem bestimmten Unternehmensträger einer staatlichen Einflußnahme unterwerfen. Von besonderer Bedeutung sind hierbei das Personenbeförderungsgesetz ¹⁾ und das Energiewirtschaftsgesetz ²⁾.

Nach § 2 des PBefG bedarf die Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Obussen sowie Kraftfahrzeugen im Linien- und Gelegenheitsverkehr der Genehmigung einer nach § 11 PBefG bestimmten Behörde. Weiterhin ist eine Genehmigung erforderlich für jede Erweiterung oder wesentliche Änderung des Unternehmens, die Übertragung der aus der Genehmigung erwachsenden

1) Personenbeförderungsgesetz vom 21. März 1961, BGBl I S. 241.

2) Energiegesetz vom 13. 12. 1935, RGBl I S. 1451.

Rechte und Pflichten sowie für die Übertragung des Betriebes auf einen anderen (§ 2 Abs. 2 PBefG). An die Erteilung der Genehmigung sind strenge Voraussetzungen geknüpft und mit ihr werden umfangreiche Pflichten begründet, die die Tätigkeit des Unternehmens im öffentlichen Interesse bewirken sollen. Nach § 13 Abs. 1 PBefG ist Voraussetzung der Genehmigung, daß die Sicherheit und die Leistungsfähigkeit des Betriebes gewährleistet sind und keine Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit des Antragstellers als Unternehmer dartun. Die stärkste Bindung an das öffentliche Interesse einer gesicherten Verkehrsversorgung erfährt ein Verkehrsunternehmen durch die in den §§ 21 und 22 PBefG begründete Betriebs- und Beförderungspflicht sowie durch die notwendige Zustimmung der Genehmigungsbehörde bei der Gestaltung der Beförderungsentgelte nach § 39 PBefG.

Sehr ähnliche Regelungen wie das Personenbeförderungsgesetz enthält das Energiewirtschaftsgesetz, das die gesamte Energiewirtschaft der Aufsicht des Staates unterstellt (§ 1 EnergG). Dieses Gesetz unterwirft die Aufnahme und die Erweiterung eines Energieversorgungsunternehmens einer Genehmigung durch den jeweils zuständigen Verwaltungsträger (§§ 4 und 5 EnergG) und begründet darüber hinaus zahlreiche Auskunft-, Mitteilungs- und Anzeigepflichten. Auch hier wird das öffentliche Interesse an einer gesicherten Energieversorgung der Bevölkerung zu sozialen Bedingungen ¹⁾ besonders berücksichtigt durch die Bestimmung einer allgemeinen Anschluß- und Versorgungspflicht zu verbindlichen Tarifen (§ 6 EnergG). Die Beachtung des öffentlichen Interesses wird noch verstärkt durch die aufgrund des § 7 EnergG erlassenen "Allgemeinen Versorgungsbedingungen" und zahlreichen anderen Vorschriften der Preisgestaltung ²⁾.

1) Vgl. die amtliche Begründung zum Energiegesetz im Reichsanzeiger Nr. 297 vom 20. 12. 1935, abgedruckt bei Eiser-Riederer-Sieder im Anschluß an den Gesetzestext.

2) Siehe hierzu insbesondere Reuß, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 336 mit weiteren Hinweisen.

Die hier aufgeführten Vorschriften zeigen in besonders deutlicher Weise, welche Möglichkeiten dem Staat gegeben sind, auch ohne innergesellschaftliche Einflußmöglichkeiten die Tätigkeit bestimmter Unternehmen im öffentlichen Interesse zu steuern. Diese Steuerungsmöglichkeiten finden ihre Grenzen in der grundrechtlich geschützten Privatautonomie und Betätigungsfreiheit der einzelnen Unternehmer bzw. der Unternehmen¹⁾. Ihre Anwendbarkeit auf Aktiengesellschaften ist daher auch unabhängig vom Aktienrecht zu beantworten, da nach dem Aktiengesetz selbst eine Beschränkung der Verbandsautonomie durch Regelungen, wie sie das Personenbeförderungsgesetz und das Energiegesetz vorsehen, zulässig ist²⁾. Die Grenzen einer zulässigen Beschränkung der Verbandsautonomie würden aktienrechtlich erst dann überschritten, wenn die öffentliche Einflußnahme auf eine AG nicht nur zweckbeschränkend, sondern auch zweckändernd ausgeübt würde. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn die notwendige Mitwirkung der öffentlichen Hand bei der Tarifgestaltung dazu benutzt würde, aus einem Erwerbsunternehmen ein bloß kostendeckendes Versorgungsunternehmen zu machen. Dies will aber weder das Personenbeförderungsgesetz noch das Energiegesetz. Nach § 39 Abs. 2 PBefG sind die Beförderungsentgelte "unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens, einer ausreichenden Verzinsung und Tilgung des Anlagekapitals ..." festzusetzen³⁾. Für das Energiewirtschaftsrecht gilt Entsprechendes⁴⁾.

Diese Beispiele aus dem Personenbeförderungs- und Energiewirtschaftsrecht zeigen, daß die öffentliche Hand einen Einfluß auf das

1) Vgl. hierzu das "Mitfahrerurteil" des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1964 S. 1219, in dem die §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 1, 46 Abs. 2 und 60 Abs. 1 PBefG wegen Verstoßes gegen Art. 2 GG teilweise für nichtig erklärt wurden.

2) Vgl. oben § 4 B I 2.

3) Vgl. dazu auch Greif, Personenbeförderungsgesetz, § 39 Anm. 4.

4) Vgl. Eiser-Riederer-Sieder, III Energiepreis, Vorbemerkung 8 c.

Handeln einer AG nicht nur durch die allgemeinen aktienrechtlichen oder die besonderen spezialgesetzlichen innergesellschaftlichen Herrschaftsmöglichkeiten begründen kann, sondern die Tätigkeit von Unternehmungen auch durch die öffentliche Beeinflussung der jeweiligen unternehmerischen Tätigkeit unabhängig vom Unternehmensträger und ohne staatliche Beteiligung sehr weitgehend steuern kann.

F Einflußnahme durch öffentlich-rechtlichen Vertrag

Bereits in früherem Zusammenhang wurde festgestellt, daß in bestimmtem Umfang eine Einflußnahme auf eine AG durch Vertrag mit der Gesellschaft begründet und erweitert werden kann¹⁾. Diese Möglichkeiten zeigten sich begrenzt durch das Verbot, die Struktur der AG, die innergesellschaftliche Kompetenzverteilung und die unternehmerische Zielsetzung zu ändern. Dieses Verbot wurde aus dem zwingenden und abschließenden Charakter der jeweils berührten aktienrechtlichen Vorschriften hergeleitet, die eine Durchbrechung nicht gestatten.

Abweichend von dieser Feststellung vertreten vor allem Vogel²⁾ und im Anschluß an ihn Berkemann³⁾ die Auffassung, daß insbesondere "Konzessionsverträge" und die "Abmachungen" nach § 48 RHO als öffentlich-rechtliche Verträge die privatrechtlichen Regelungen des Gesellschaftsrechts durchbrechen könnten und dadurch der Einfluß der öffentlichen Hand auf eine AG abweichend vom Aktienrecht erweitert werden könnte.

Abgesehen davon, daß der öffentlich-rechtliche Charakter solcher Verträge zweifelhaft ist⁴⁾, trifft jedenfalls die aus dieser Qualifi-

1) Vgl. oben § 4.

2) Wirtschaftseinheiten, S. 137 ff., S. 181.

3) Kapitalbeteiligung, S. 49 ff., S. 57 f., S. 182 f.

4) Vgl. dazu jeweils die von Vogel und Berkemann a. a. O. aufgeführte gegenteilige h. M.

kation gezogene Schlußfolgerung nicht zu. Einen Rechtssatz, öffentlich-rechtliche Verträge dürften das zwingende Privatrecht ändern, gibt es ebensowenig wie einen Rechtssatz, das öffentliche Recht habe stets Vorrang vor dem Privatrecht¹⁾. Es entspricht vielmehr den allgemeinen Grundsätzen über die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge, daß sie nicht zu einer Umgehung von Rechtsgeboten oder einer Sinnveränderung von Rechtssätzen führen dürfen²⁾. Auch öffentlich-rechtliche Verträge, die den Einfluß der öffentlichen Hand auf eine AG bzw. die Macht eines staatlichen Aktionärs in der Gesellschaft vergrößern sollen, müssen sich demzufolge im Rahmen des aktienrechtlich Zulässigen halten. Es gelten also auch für sie die bereits festgestellten allgemeingültigen Möglichkeiten und Grenzen einer vertraglich begründeten gesteigerten Einflußnahme auf eine AG.

G Die Sozialisierung der AG - Art. 15 GG

Neben den bisher genannten staatlichen Möglichkeiten, die Struktur und die unternehmerische Zielsetzung einer AG zu beeinflussen, ist abschließend die Sozialisierung nach Art. 15 GG als Sonderregelung zu erwähnen.

I Allgemeines zur Sozialisierung

Art. 15 GG stellt eine Ermächtigungsgrundlage³⁾ dar, Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel zum Zwecke der Vergesellschaftung durch ein Gesetz, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt, in Gemeineigentum oder in andere Formen der Ge-

1) Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 202; vgl. aber Ballerstedt, DÖV 1951, S. 452.

2) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 44 II b 2.

3) Vgl. BVerfGE 12 S. 354 (364), "Volkswagenurteil".

meinwirtschaft zu überführen. Diese gemeinhin als "Sozialisierung" bezeichnete Möglichkeit des Gesetzgebers hängt im wesentlichen von folgenden Voraussetzungen ab und ist auf folgende Weise zu realisieren:

Die vorhandenen Eigentumsrechte an bestimmten sozialisierungsfähigen Objekten müssen durch ein Sozialisierungsgesetz entzogen oder umgewandelt werden. Bei dieser Neugestaltung der Eigentumsverhältnisse handelt es sich nicht um einen Sonderfall der Enteignung nach Art. 14 GG, sondern um die Anwendung eines eigenständigen Rechtsinstituts, dessen Inhalt nicht durch den Eingriff in das Eigentum gekennzeichnet ist, sondern durch die Art der wirtschaftlichen Verwertung des Eigentumsobjekts ¹⁾. Diese, die Sozialisierung kennzeichnende besondere wirtschaftliche Verwertung der Eigentumsobjekte erfolgt dadurch, daß diese Objekte in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden. Die "Gemeinwirtschaft" ist somit der zentrale Begriff des Art. 15 GG ²⁾. Die Überführung von Grund und Boden, Naturschätzen oder Produktionsmitteln in eine Form der Gemeinwirtschaft besteht darin, daß die Eigentumsrechte an den sozialisierungsfähigen Objekten einem möglichen Träger der Sozialisierung zugeordnet und zugleich einem gemeinwohlorientierten Zweck unterworfen werden ³⁾. Träger der Sozialisierung ist die Allgemeinheit, repräsentiert durch die öffentliche Hand, also Staat, Gemeinden, Gemeindeverbände, sonstige Gebietskörperschaften sowie durch wirtschaftliche Selbstverwaltungskörper ⁴⁾, aber auch durch juristische Personen des privaten Rechts, die von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsträger aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung kontrolliert werden und wegen dieser Kontrolle Gewähr dafür bieten, daß das Eigentum gemein-

1) Kimminich, BK Art. 15 Rdnr. 15; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 15 Rdnr. 5; v. Mangoldt-Klein, 2. Aufl. S. 461; a. A. Giese, Grundgesetz, 4. Aufl. S. 37.

2) Krüger, Sozialisierung, S. 288; Kimminich, BK Art. 15 Rdnr. 6.

3) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 15 Rdnr. 20; Kimminich, a.a.O. Rdnrn. 6 ff.; v. Mangoldt-Klein, a.a.O. Art. 15 Anm. VII.

4) Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O. Anm. VII.

wirtschaftlich genutzt wird ¹⁾.

Gemeinwirtschaftlich wird das sozialisierte Eigentum dann genutzt, wenn es unmittelbar zur Bedarfsdeckung der Allgemeinheit eingesetzt wird und nicht der Gewinnerzielung dient. Von einem Unternehmen der Gemeinwirtschaft wird daher überwiegend verlangt, daß es nicht nach Gewinnmaximierungsgrundsätzen arbeitet, sondern auf der Basis des Kostendeckungsprinzips ausschließlich der Bedarfsdeckung der Allgemeinheit oder einem anderen öffentlichen Zwecke dient ²⁾.

Zusätzlich zu der gemeinwohlorientierten Zwecksetzung und der gemeinwirtschaftlichen Organisationsform der Sozialisierungsträger bzw. der sozialisierten Unternehmen verlangt Art. 15 GG, daß die Überführung der sozialisierungsfähigen Objekte "zum Zwecke der Vergesellschaftung" vorgenommen wird. Die Eigentumsverhältnisse eines Unternehmens und die unternehmerische Zielsetzung werden nur dann zum Zwecke der Vergesellschaftung umgestaltet, wenn durch die Umgestaltung zugleich auch ein verfassungsrechtlicher Akt beabsichtigt ist, der die Eigentums-, Wirtschafts- und Sozialverfassung allgemein durch die Kollektivierung der Verfügungsgewalt über das Wirtschaftseigentum ändern soll. Sozialisierung ist nicht nur die Veränderung individueller Betriebs- und Eigentumsverhältnisse, sondern muß notwendigerweise zugleich auch eine strukturelle Änderung der Wirtschaftsverfassung bewirken wollen ³⁾. Die Sozialisierung nach

1) Kimminich, BK Art. 15 Rdnr. 10 unter Hinweis auf eine staatliche Mehrheitsbeteiligung an Aktiengesellschaften.

2) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 15 Rdnr. 9; Krüger, Sozialisierung, S. 288; Klein, Teilnahme, S. 185; a. A. Bettermann, Festschrift für Hirsch, S. 16 f., und Püttner, Unternehmen, S. 255, die auch für sozialisierte Unternehmen ein Gewinnstreben nicht ausschließen.

3) v. Mangoldt-Klein, 2. Aufl. S. 462 unter Hinweis auf Ausführungen im Parlamentarischen Rat; vgl. auch Maunz, Staatsrecht, S. 123.

Art. 15 GG hat somit eine überbetriebliche Komponente, die auf den Aufbau eines neuen Wirtschaftssystems¹⁾ bzw. auf die Einführung eines neuen wirtschaftsteleologischen Prinzips²⁾ gerichtet ist.

II Die Sozialisierung der von Aktiengesellschaften betriebenen Unternehmen

Entsprechend den aufgezeigten allgemeinen Grundsätzen einer Sozialisierung kann Art. 15 GG im Rahmen einer beabsichtigten strukturellen Änderung der Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung gegenüber einer AG in folgenden Formen zur Anwendung gebracht werden:

Durch das Sozialisierungsgesetz wird das von einer AG betriebene sozialisierungsfähige Unternehmen bzw. werden die der AG gehörenden sozialisierungsfähigen Vermögensobjekte der AG entzogen und einem gesondert errichteten bzw. bereits bestehenden Sozialisierungsträger zugeordnet. Die AG verliert ihre Eigentums- und Verfügungsrechte an den Unternehmen bzw. den sozialisierten Vermögensobjekten und erhält dafür eine Entschädigung, die sie zur Gründung anderer, der Sozialisierung nicht unterliegender Unternehmen verwenden kann oder im Falle ihrer Auflösung an die Aktionäre verteilen muß.

Die andere und im Zusammenhang der vorliegenden Arbeit allein bedeutsame Möglichkeit der Sozialisierung eines von einer AG betriebenen Unternehmens entzieht der AG nicht ihr Eigentum an den Unternehmensgegenständen und beläßt es bei der Unternehmensträgerschaft der AG. Das von der AG betriebene Unternehmen wird allein dadurch sozialisiert, daß der bisherige - regelmäßig erwerbswirtschaftliche - Unternehmenszweck kraft Gesetzes im Hinblick auf die gewünschte Gemeinwohlverpflichtung geändert und

1) Püttner, Unternehmen, S. 254.

2) Vgl. Klein, Teilnahme, S. 185 f.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 157.

die innergesellschaftlichen Verhältnisse durch die gesetzliche Anordnung soweit geändert werden, daß die AG die Voraussetzungen für einen Sozialisierungsträger erfüllt.

Eine AG kann nach den bereits oben ¹⁾ festgestellten Grundsätzen dann Träger der Sozialisierung sein, wenn sie von der öffentlichen Hand aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung beherrscht und kontrolliert wird ²⁾. Sozialisierung einer ausschließlich oder überwiegend in privater Hand befindlichen AG heißt in diesem Fall, daß der bisher an der Gesellschaft überhaupt nicht oder nur als Minderheitsaktionär beteiligten öffentlichen Hand durch das Sozialisierungsgesetz eine Mehrheitsbeteiligung von wenigstens 51 % eingeräumt wird ³⁾. Ungeachtet der Art und Weise der Verwirklichung einer solchen gesetzlich vorgeschriebenen staatlichen Mehrheitsbeteiligung ⁴⁾ bewirkt eine solche Anordnung eine Enteignung der bisherigen Aktionäre, und zwar nicht nur durch den (teilweisen) Entzug ihrer bisherigen Beteiligungsrechte, sondern auch durch die von der Sozialisierung bewirkten Zweckänderung der AG.

War die öffentliche Hand bereits vor der Sozialisierung Allein- oder Mehrheitsaktionär der Gesellschaft, so bedarf es für eine Sozialisierung keiner Änderung der Eigentumsverhältnisse mehr. Für die betroffene AG heißt Sozialisierung in diesem Fall nur ge-

1) Vgl. oben I.

2) Vgl. Kimminich, BK, Art. 15 Rdnr. 10.

3) Zur gesetzlich angeordneten staatlichen Mehrheitsbeteiligung vgl. die Teilenteignung der Mineralölgesellschaften in zahlreichen erdölproduzierenden Ländern. Zur Möglichkeit von Zwangsbeteiligungen der öffentlichen Hand als Sozialisierungsmaßnahme vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 172.

4) Das Aktiengesetz selbst hält keine hierfür anwendbaren Gestaltungsmittel bereit. Das Sozialisierungsgesetz müßte also selbst bestimmen, wie die staatliche Mehrheitsbeteiligung verwirklicht werden soll. In Betracht kommen z. B. eine besondere Form der Kapitalerhöhung entspr. §§ 182 ff. AktG oder die teilweise Einziehung und Übertragung von Aktien auf den staatlichen Aktionär.

setzung angeordnete Änderung des bisherigen Gesellschaftszwecks in einen Zweck der Gemeinwirtschaft.

Sozialisierung des von einer AG betriebenen Unternehmens braucht somit nicht unbedingt das Ende einer AG zu bedeuten. Art. 15 GG kann vielmehr vom Gesetzgeber im Rahmen seines von dieser Vorschrift eingeräumten Ermessens dazu benutzt werden, bei bestehenden Aktiengesellschaften einen maßgeblichen staatlichen Einfluß zu begründen und sie für ein gemeinwirtschaftliches Interesse in Dienst zu nehmen. Wegen der Beschränkung der Sozialisierungsmöglichkeit auf Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel kann diese staatliche Einflußerweiterung nur die von Aktiengesellschaften betriebenen Unternehmen der herstellenden Produktion, einschließlich der industriellen Urproduktion, nicht dagegen die Betriebe des Handels, des Transports und des Verkehrs, des Kredit- und Versicherungswesens sowie alle anderen Dienstleistungsbetriebe erfassen ¹⁾.

Diese von Art. 15 GG eingeräumte Möglichkeit der staatlichen Herrschaftsbegründung und Herrschaftsausübung bei Aktiengesellschaften unterscheidet sich sehr wesentlich von den bisher festgestellten Formen. Art. 15 GG schafft nicht nur die Möglichkeit einer Umgestaltung der innergesellschaftlichen Verhältnisse einer AG und ermöglicht nicht nur eine besondere Herrschaftsgewalt für einen staatlichen Aktionär, sondern legt - im Gegensatz zu den bisher festgestellten Formen der Einflußbegründung und Ausübung - auch fest, zu welchen Zwecken Herrschaft und Einfluß in einem sozialisierungsfähigen Unternehmen begründet und ausgeübt werden können. Die Begründung von staatlicher Herrschaftsgewalt durch Sozialisierung muß der Änderung der Wirtschafts- und Sozialverfassung, die innerbetriebliche Ausübung der so gewonnenen Herrschaftsgewalt muß der durch das

1) Vgl. Kimminich, BK, Art. 15 Rdnr. 32.

Sozialisierungsgesetz bestimmten gemeinwirtschaftlichen Zwecksetzung des einzelnen Unternehmens dienen. Diese besondere Ausrichtung der Sozialisierung auf eine Änderung der allgemeinen Wirtschafts- und Sozialverfassung sowie die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Zielsetzungen schließt es zwar nicht aus, daß der Staat mit Hilfe seines durch die Sozialisierung gewonnenen Einflusses die sozialisierten Unternehmen zugleich auch zur Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung einsetzt; die durch Art. 15 GG vorgegebenen Zwecksetzungen sowie die übrigen Voraussetzungen und Beschränkungen dieser Vorschrift machen es aber wenig wahrscheinlich, daß der Staat Unternehmen sozialisiert, um sich ein Verwaltungsinstrument zu schaffen.

§ 6 Öffentlich-rechtliche Beschränkungen der staatlichen Einflußnahme auf Aktiengesellschaften

Der Staat kann nach den bisher gewonnenen Ergebnissen aufgrund bestimmter beamten-, gemeinde- und haushaltsrechtlicher Vorschriften sowie durch sonstige allgemeine oder spezialgesetzliche Regelungen seinen Einfluß auf eine AG vergrößern. Die gesteigerte Einflußnahme der öffentlichen Hand beruht dabei auf einer öffentlich-rechtlichen Modifikation bzw. Ergänzung des Aktienrechts, wobei entweder außergesellschaftliche Lenkungsmöglichkeiten begründet oder aber die innergesellschaftlichen Herrschaftsmöglichkeiten eines staatlichen Aktionärs vergrößert werden. Staatlicher Herrschaftsausübung und öffentlich-rechtlichen Ermächtigungen hierzu stehen regelmäßig auch öffentlich-rechtliche Beschränkungen gegenüber. Deshalb ist auch hier zu fragen, ob und gegebenenfalls welchen besonderen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen eine staatliche Einflußnahme auf Aktiengesellschaften unterliegt.

A Verbot der "kalten Sozialisierung"

Bei der vorangegangenen Behandlung des Art. 15 GG wurde festgestellt, daß der Staat sich durch Sozialisierungsmaßnahmen einen maßgeblichen Einfluß auf Aktiengesellschaften sichern und die Gesellschaft für ihre unternehmerische Tätigkeit auf einen gemeinnützigen Zweck verpflichten kann ¹⁾. Diese Möglichkeit der Herrschaftsbegründung und Gemeinwohlverpflichtung wird durch Art. 15 GG selbst beschränkt auf bestimmte sozialisierungsfähige Unternehmen und bedarf zu ihrer Verwirklichung eines Gesetzes.

Die Beschränkung der Sozialisierungsmöglichkeit auf bestimmte Unternehmen und die Notwendigkeit eines Sozialisierungsgesetzes schließen es aus, daß sowohl sozialisierungsfähige als auch nicht sozialisierungsfähige Unternehmen durch Rechtsgeschäft auf "kaltem Wege" sozialisiert werden ²⁾.

Setzt man Sozialisierung mit staatlichem Einfluß und gemeinwirtschaftlicher bzw. gemeinnütziger Zwecksetzung gleich ³⁾, so kann es einen maßgeblichen staatlichen Einfluß in einer AG mit gemeinnütziger Zwecksetzung nur bei den sozialisierungsfähigen Unternehmen und auf der Grundlage eines Gesetzes geben. Eine rechtsgeschäftlich oder gesellschaftsrechtlich begründete Einflußnahme des Staates auf Aktiengesellschaften zur Durchsetzung gemeinwohlorientierter Ziele wäre danach sowohl für sozialisierungsfähige als auch für solche Unternehmen ausgeschlossen, die nach Art. 15 GG überhaupt nicht sozialisiert werden können.

1) Vgl. oben § 5 G.

2) Zum Verbot der "kalten Sozialisierung" vgl. Klein, Teilnahme, S. 186 f.; Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 119; Püttner, Unternehmen, S. 254; Blens, Art. 12 I GG, S. 175 ff., sowie BVerwGE 17, S. 306 (314).

3) Dies scheinen Maunz-Dürig-Herzog, Art. 15 Rdnr. 7, zu tun, wenn sie von den "bereits sozialisierten Unternehmen (Stromversorgung, Stahl- und Kohlewerke, gemeindliche Verkehrsunternehmen, Bundesbahn)" reden.

Eine solche Beschränkung der staatlichen Herrschaftsbegründung und Herrschaftsausübung in privatrechtlichen Unternehmen auf die Möglichkeiten und Voraussetzungen des Art. 15 GG übersieht jedoch die bereits oben ¹⁾ dargestellte überbetriebliche Komponente der Sozialisierung. Die von Art. 15 GG ermöglichte staatliche Einflußnahme auf ein Unternehmen und die Ausrichtung des Unternehmens auf eine gemeinwirtschaftliche Zielsetzung muß "zum Zwecke der Vergesellschaftung" erfolgen, d. h. überbetrieblich dem Aufbau eines neuen Wirtschaftssystems ²⁾ bzw. der Einführung eines neuen wirtschaftsteleologischen Prinzips dienen, was wegen seiner grundlegenden Bedeutung für die staatliche und gesellschaftliche Ordnung der Entscheidung des Gesetzgebers vorbehalten ist ³⁾.

Wird demnach in einem einzelnen Unternehmen ohne diesen überbetrieblichen Bezug ein maßgeblicher Einfluß des Staates begründet und eine gemeinwohlorientierte unternehmerische Zielsetzung festgelegt, so handelt es sich überhaupt nicht um eine Sozialisierung. Der rechtsgeschäftlich, gesellschaftsrechtlich oder in sonstiger Weise begründete staatliche Einfluß, verbunden mit einer entsprechend begründeten Ausrichtung des Unternehmenszwecks auf das Gemeinwohl, kann daher bei nicht sozialisierungsfähigen Unternehmen auch nicht als "rechtsgeschäftliche" oder "kalte Sozialisierung" unzulässig sein. Die Vertragsfreiheit wird von Art. 15 GG also grundsätzlich nicht berührt ⁴⁾.

1) Vgl. oben § 5 G I.

2) Vgl. Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 234; v. Mangoldt-Klein I, 2. Aufl., S. 462; Maunz, Staatsrecht, S. 123; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 157.

3) Klein, Teilnahme, S. 185 f.

4) Vgl. Kimminich, BK, Art. 15 Rdnr. 41; vgl. dazu auch Bettermann, Festschrift für Hirsch, S. 17, der darauf hinweist, daß aus Art. 15 GG nicht der Umkehrschluß gezogen werden könne, daß außerhalb der sozialisierungsfähigen Bereiche die öffentliche Hand sich nicht unternehmerisch betätigen dürfe.

Eine unzulässige "kalte Sozialisierung" ist erst dann anzunehmen, wenn die einzelbetriebliche Einflußnahme und die gesamtwirtschaftliche Verpflichtung des Unternehmens überbetrieblich "zum Zwecke der Vergesellschaftung" erfolgen, d. h. wenn die öffentliche Hand durch rechtsgeschäftlich, gesellschaftsrechtlich oder in sonstiger Weise begründete Einflußnahmen bei einer Vielzahl von Unternehmen die Wirtschaftsverfassung insgesamt verändern will. Dies wird dann anzunehmen sein, wenn der Staat dazu übergeht, planmäßig durch Einsatz materieller Mittel ganze Wirtschaftszweige zu erwerben ¹⁾, um dadurch die Privatwirtschaft zunehmend zurückzudrängen ²⁾, ohne hierfür die von Art. 15 GG vorgeschriebene gesetzliche Legitimation zu haben.

Nur dieser gesamtwirtschaftliche Hintergrund einer rechtsgeschäftlich begründeten staatlichen Einflußnahme auf eine AG macht diese zu einer unzulässigen "rechtsgeschäftlichen" oder "kalten Sozialisierung". Ohne diesen Bezug zur Vergesellschaftung ist eine unternehmerische Herrschaftsbegründung und Herrschaftsausübung keine Sozialisierungsmaßnahme und bleibt daher von Art. 15 GG unberührt.

Art. 15 GG kommt somit für den Normalfall einer einzelbetrieblichen Einflußnahme nicht zum Zuge ³⁾. Die vom Staat beeinflussten Aktiengesellschaften bzw. ihre privaten Aktionäre können sich demzufolge gegen eine rechtsgeschäftliche, gesellschaftsrechtlich oder auch durch öffentlich-rechtliche Vorschriften begründete staatliche Einflußnahme nicht mit der Behauptung zur

1) Vgl. Torz, DÖV 1958, S. 211, unter Hinweis auf ein Parteiprogramm der englischen Labour-Party, das den staatlichen Einkauf von privaten Firmen in großem Umfang zum Zwecke der Sozialisierung vorsah.

2) Vgl. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 119; Rübner, Formen, S. 213.

3) Vgl. Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 254.

Wehr setzen, hier liege eine unzulässige, weil "kalte" Sozialisierung vor. Nur wenn die jeweilige staatliche Einflußnahme Bestandteil einer überbetrieblichen Sozialisierungsabsicht ist, kann sie von der AG und ihren Aktionären als verbotene Umgehung der Sozialisierungsvorschriften gerügt und verhindert werden.

B Die Grundrechte, insbesondere Art. 12 und Art. 14 GG

Bei einer staatlichen Einflußnahme auf eine AG und bei der Ausrichtung ihrer unternehmerischen Zielsetzung auf gemeinnützige Zwecke besteht in großem Maße die Gefahr, daß die Gesellschaft und ihre Aktionäre in ihren vom Grundgesetz geschützten Rechten verletzt werden. Welche Bedeutung dem Grundrechtsschutz bei der staatlichen Beeinflussung einer AG zukommt, soll für die Grundrechte der Gesellschaft und für die der Aktionäre getrennt untersucht werden.

I Der Grundrechtsschutz der Gesellschaft

Die AG ist als juristische Person nach Art. 19 Abs. 3 GG grundrechtsfähig. Dies gibt ihr grundsätzlich das Recht, sich gegenüber staatlichen Einflüssen auf bestimmte Abwehrrechte zu berufen, wodurch eventuell die festgestellten staatlichen Möglichkeiten zur Einflußnahme auf eine AG eingeschränkt werden. Da die Einflußnahme des Staates sowohl von außen durch Gesetz bzw. aufgrund eines Gesetzes als auch von innen durch Wahrnehmung innergesellschaftlicher Herrschaftsmöglichkeiten erfolgen kann, ist eine getrennte Betrachtung beider Möglichkeiten erforderlich.

1. Die gesetzliche Indienstnahme einer AG

Die äußere Einwirkung des Staates auf eine AG mit dem speziellen Ziel, sich diese nutzbar zu machen, erfolgt regelmäßig im Wege einer sog. Indienstnahme. Die Indienstnahme einer AG durch die

öffentliche Hand bewirkt, daß die Gesellschaft als juristische Person in ihrer Gesamtheit dem Staat gegenüber verpflichtet wird, im Rahmen einer bestimmten Tätigkeit einen vorgeschriebenen, am öffentlichen Interesse orientierten Zweck zu erfüllen. Eine solche Verpflichtung, die regelmäßig den Gesellschaftsgegenstand und den Gesellschaftszweck einer AG berührt, kann gegen den Willen der Gesellschaft nur durch ein Gesetz begründet werden. Die Verfassungsmäßigkeit solcher Gesetze ist in jüngerer Zeit mehrmals Gegenstand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gewesen ¹⁾. Es hat die den Entscheidungen jeweils zugrunde liegenden Verpflichtungen besonders an Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG gemessen und für die Zulässigkeit einer staatlichen Indienstnahme von juristischen Personen folgende Grundsätze entwickelt.

Unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung zum Recht der freien Berufswahl stellt das Bundesverfassungsgericht fest ²⁾, daß eine Indienstnahme dann in unzulässiger Weise die Freiheit der Berufswahl verletzt, wenn die in Dienst genommenen juristischen Personen in aller Regel und nicht nur in Ausnahmefällen wirtschaftlich nicht mehr in der Lage sind, den gewählten Beruf ganz oder teilweise zur Grundlage ihrer unternehmerischen Erwerbstätigkeit zu machen. Die Indienstnahme ist als Berufsausübungsregelung dann jedoch zulässig, wenn sie, gemessen an dem angestrebten Erfolg, noch als verhältnismäßig anzusehen ist. Dies wird vom Bundesverfassungsgericht ³⁾ dann angenommen, wenn die regelmäßig mit einer Indienstnahme verbundenen rentabilitätsmindernden Auswirkungen von den betroffenen Unternehmen zumindest theoretisch (z. B. durch Kostenabwälzung auf den Verbraucher) aufgefangen werden können. Daß dies immer gelingt,

1) BVerfGE 22, S. 380, über die steuerrechtliche Verpflichtung der Banken zur Einbehaltung und Abführung der Kuponsteuer sowie BVerfGE 30, S. 292, über die Bevorratungspflicht der Mineralölfirmen für Erdölerzeugnisse.

2) BVerfGE 30, S. 292 (313 f.).

3) BVerfGE 30, S. 292 (325).

soll dagegen genauso wenig erforderlich sein, wie ein staatlich garantierter Verlustausgleich.

Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG nimmt das Bundesverfassungsgericht ¹⁾ dann an, wenn das Indienstnahmegesetz keine Differenzierung enthält, die es ermöglicht, kleine und wirtschaftlich schwache Unternehmen von der Verpflichtung zu befreien.

Wird das die Verpflichtung begründende Gesetz an Art. 14 GG gemessen ²⁾ und stellt sich dabei sein enteignender Charakter heraus, so ist es nach Art. 14 Abs. 3 GG nichtig, es sei denn, es handelt sich ausdrücklich um ein Enteignungsgesetz mit der notwendigen Entschädigungsregelung. Stellt die auferlegte Verpflichtung dagegen nur eine Bestimmung von Inhalt und Schranken nach Art. 14 Abs. 1 GG bzw. der Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG dar, so ist das Indienstnahmegesetz ohne Entschädigung gültig. Eine solche zulässige Inhaltsbestimmung des Eigentums hat das Bundesverfassungsgericht ³⁾ bei einer Indienstnahme dann angenommen, wenn die in Dienst genommenen Unternehmen nicht mit einer schlechthin unternehmensfremden Tätigkeit ⁴⁾ belastet werden und nur einzelne Betriebsmittel gebunden werden, die für die Betriebsführung nicht von ausschlaggebendem Gewicht sind, sowie der gewerbliche Gesamtgewinn ⁵⁾ nicht in maßgeblicher Weise beeinflusst wird ⁶⁾.

Nimmt man diese vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zur gesamtgesellschaftlichen Indienstnahme als Ausgangspunkt der weiteren Betrachtung an und untersucht ihre Aus-

1) A. a. O. S. 332 f.

2) Zum Verhältnis von Art. 12 zu Art. 14 GG in einem solchen Fall vgl. BVerfG a. a. O. S. 334.

3) BVerfGE 22 S. 380 (386).

4) D. h. ihr Unternehmensgegenstand.

5) D. h. ihr in diesem Falle erwerbswirtschaftlicher Unternehmenszweck.

6) Vgl. auch Maunz-Dürig-Herzog, Art. 14 Rdnr. 54.

wirkungen auf das innergesellschaftliche Recht und die Verbandsautonomie einer AG, so ist festzustellen, daß durch eine solche Indienstnahme weder die innere Struktur noch der Gesellschaftsgegenstand und der Zweck einer AG geändert, sondern nur in geringem Umfang ergänzt oder beschränkt werden können. Dem Staat ist es also nicht möglich, mit Hilfe eines Indienstnahmegesetzes den von einer AG autonom gesetzten Tätigkeitsbereich zu ändern und z. B. aus einem Energieversorgungs- ein Verkehrsunternehmen zu machen. Ebensowenig ist es auf diesem Wege möglich, den für eine AG festgesetzten Erwerbszweck aufzuheben und ihn z. B. durch das Kostendeckungsprinzip zu ersetzen ¹⁾.

2. Der Grundrechtsschutz der Gesellschaft gegenüber dem Handeln des staatlichen Aktionärs

Empfindet der Staat die dargestellten Beschränkungen einer gesetzlichen Indienstnahme von Aktiengesellschaften als lästig oder hinderlich bzw. können die angestrebten Verpflichtungen der betroffenen Gesellschaft auf diese Weise nicht in dem vorgestellten Umfang begründet werden, so bleibt für ihn die Möglichkeit, die gewünschte Verpflichtung der AG aufgrund eigener Kapitalbeteiligung an der AG und aufgrund des dadurch erzielten Einflusses zu bewirken. Auch für diese, gesellschaftsrechtlich bewirkte Indienstnahme stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Grundrechte der AG einem solchen Vorhaben entgegenstehen.

Bei der gesetzlichen Indienstnahme einer AG bzw. ihrer gesetzlich verfügbaren Auflösung und Umwandlung waren Maßstab für die Zulässigkeit die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit und das ebenso geschützte Eigentum der AG als juristischer Person. Aus dieser Rechtsposition leiten sich die Abwehrrechte der Gesellschaft gegenüber dem Indienstnahmengesetz ab. Den gleichen Rechtsschutz

1) Vgl. darüber hinaus auch den Grundrechtsschutz aus Art. 9 Abs. 1 GG, der den Vereinen und Gesellschaften grundsätzlich auch das Recht auf Verfolgung ihrer satzungsmäßigen Aufgaben garantiert, BVerfG NJW 1971, S. 1123.

kann eine AG gegenüber dem staatlichen Aktionär bei einer gesellschaftsrechtlichen Indienstnahme bzw. der mit aktienrechtlichen Mitteln bewirkten Auflösung und Umwandlung nur dann haben, wenn sie sich auch in diesem Falle auf die Berufsfreiheit und den Eigentumsschutz berufen kann. Die Berufung auf Berufsfreiheit und Eigentumsschutz setzt aber voraus, daß Beruf und Eigentum überhaupt vorhanden sind. Im Verhältnis zu außenstehenden Dritten und auch zum Staat, d. h. für den Außenbereich, kann hieran kein Zweifel bestehen, dient doch gerade die Konstruktion einer juristischen Person dazu, solche abstrakten Begriffe und die daraus fließenden Rechte und Pflichten einer künstlichen Gesamtheit zuzuordnen, damit sie als solche am Rechtsverkehr teilnehmen kann. Im Innenbereich dieses künstlichen Gebildes gibt es dagegen keinen Beruf und auch kein Eigentum, sondern nur Kompetenzen, die die Art und Weise der Berufsausübung und der Eigentumsverfügung der Gesamtheit regeln¹⁾. Eine juristische Person ist gegenüber ihren Organen nicht verselbständigt. Eine AG übt im Verhältnis zu Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung keinen eigenständigen Beruf aus und hat auch diesen gegenüber kein eigenständiges Eigentum. Machen die Organe der AG innerverbandlich von ihren Kompetenzen Gebrauch, dann können sie demzufolge auch nicht in die Berufsfreiheit oder das Eigentum der Gesellschaft eingreifen. Dies gilt unabhängig davon, wer im Einklang mit dem Aktienrecht die Organe der AG im einzelnen beherrscht. Auch wenn der Staat unter Ausnutzung seiner Aktionärsstellung die Willensbildung der Gesellschaft im Sinne einer gesellschaftsrechtlichen Indienstellung beeinflußt, kann er niemals die Berufsfreiheit oder das Eigentum der AG verletzen. Der Grundrechtsschutz aus Art. 12 und 14 GG kann hier überhaupt nicht zur Anwendung kommen. Dies hat mit dem Problem der Fiskalgeltung der Grundrechte nichts zutun²⁾.

1) Vgl. hierzu die Parallele zur Grundrechtsfähigkeit von Bestandteilen der Staatsorganisation. Vgl. einerseits BVerfGE 21 S. 362 (besonders S. 370) und andererseits Bettermann, Festschrift für Hirsch, S. 4 ff., sowie ders., NJW 1969, S. 1321 ff.

2) Vgl. dazu noch unten § 8 B I.

Dort geht es um die Frage, ob der privatrechtlich handelnde Staat beim Umgang mit vorhandenen Berufen und existierendem Eigentum die besonderen Grundrechtsbindungen zu beachten hat. Ohne schutzfähigen Beruf und ohne schutzfähiges Eigentum gibt es aber keinen Grundrechtsschutz und demzufolge auch keine Fiskalgeltung der Grundrechte.

Eine AG kann sich demnach auf einen Grundrechtsschutz nur dann berufen, wenn die Indienstnahme durch den Staat bzw. wenn die staatlich bewirkte Auflösung oder Umwandlung der Gesellschaft durch oder aufgrund eines speziellen Gesetzes von außen erfolgt. Macht der Staat als Mehrheitsaktionär von seinen innergesellschaftlichen Herrschaftsmöglichkeiten Gebrauch, so kann die Gesellschaft sich gegen diese gesellschaftsrechtliche Indienstnahme dagegen nicht unter Berufung auf die Grundrechte zur Wehr setzen.

II Der Grundrechtsschutz der privaten Minderheitsaktionäre

Die bisher festgestellten Beschränkungen einer staatlichen Einflußnahme auf Aktiengesellschaften ergaben sich aus dem Grundrechtsschutz der Gesellschaft gegenüber dem staatlichen Indienstnahme- bzw. Auflösungs- und Umwandlungsgesetz. Zu untersuchen bleibt die Frage, ob sich daneben noch andere Beschränkungen aus den Grundrechten der Aktionäre ergeben.

Die der AG als juristischer Person zustehenden Grundrechte der Berufsfreiheit und der Eigentumssicherung sind grundsätzlich von den entsprechenden Grundrechten der Aktionäre zu unterscheiden. Beide Grundrechtsbereiche stehen selbständig nebeneinander. Die Aktionäre sind an dem Gesellschaftsvermögen in keiner Form des Miteigentums beteiligt ¹⁾. Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens ist nur die AG als juristische Person; ihr allein stehen die

1) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 1 Anm. 6.

Eigentümerrechte und die aus einer Eigentumsverletzung entspringenden Ansprüche zu ¹⁾. Der Eigentumsschutz der Aktionäre knüpft nicht an dieses Gesellschaftsvermögen, sondern an die Aktie und die von ihr verkörpert Mitgliedschaftsrechte an. Die Aktie ist als der Inbegriff aller mit der Beteiligung an der Gesellschaft verbundenen Vermögens- und Mitgliedschaftsrechte ²⁾ ein selbständiges Vermögensrecht und genießt als solches den Schutz des Art. 14 GG ³⁾. Für die Berufsfreiheit hat Entsprechendes zu gelten. Auch hier ist die Berufswahl bzw. Berufsausübung der AG von derjenigen der einzelnen Aktionäre zu unterscheiden. In beiden Fällen ergeben sich also getrennte Schutzbereiche der Gesellschaft und der Aktionäre.

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit und das Eigentum der Aktionäre kann durch den Staat in mehrfacher Weise erfolgen. Er kann die Aktie bzw. die Aktionärsstellung zum Anknüpfungspunkt bzw. Gegenstand einer selbständigen, vom Aktiengesetz unabhängigen gesetzlichen Regelung machen. Er kann aber auch - und das sind die hier interessierenden Fälle - das Mitgliedschaftsrecht selbst generell bzw. speziell im Verhältnis zu anderen Mitgliedschaftsrechten gesetzlich regeln oder aber unter Ausnutzung einer staatlichen Mitgliedschaft die Rechte der übrigen Aktionäre beeinträchtigen. An diese letzten beiden Möglichkeiten knüpfen sich zwei Fragen an, die im folgenden untersucht werden sollen. Ist bzw. in welchem Umfang ist der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Aktionärsstellung an die angeführten Grundrechte der Aktionäre gebunden? Können sich die privaten Minderheitsaktionäre unter Berufung auf ihre Berufsfreiheit und ihr Eigentum gegen eine gesellschaftsrechtliche Herrschaftsausübung des staatlichen Mehrheitsaktionärs zur Wehr setzen?

1) Vgl. Würdinger, Konzernrecht, S. 5, unter Hinweis auf RGZ 158 S. 255.

2) Vgl. dazu Godin-Wilhelmi, § 1 Anm. 16, sowie Meyer-Landrut in Großkommentar, Aktiengesetz 1965, § 1 Anm. 6.

3) BVerfGE 14 S. 263 (277) "Feldmühle-Urteil"; BGHZ 6, S. 270; vgl. auch Körner, Betriebsberater 1960, S. 687.

1. Berufsfreiheit und Eigentumsschutz der Aktionäre als Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsermessens

Herrschafts- und Einflußrechte werden innerhalb von Aktiengesellschaften durch Wahrnehmung der den einzelnen Organen zustehenden Kompetenzen und innerhalb der Organe durch Mehrheitsentscheidungen oder aber durch Ausnutzung von Sonderrechten ausgeübt. Diesen Herrschafts- und Einflußmöglichkeiten der Mehrheit und der privilegierten Aktionäre stellt das Aktiengesetz selbst einen umfangreichen Katalog von formellen und materiellen Minderheitsrechten gegenüber¹⁾. Dieser gesellschaftsrechtliche Aktionärsschutz ist um eine verfassungsrechtliche Dimension erweitert²⁾, indem das Ermessen des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der innergesellschaftlichen Herrschaftsbefugnisse durch die Berufsfreiheit und das Eigentumsrecht der Aktionäre begrenzt wird. Dies hat das Bundesverfassungsgericht im "Feldmühle"-Urteil besonders deutlich hervorgehoben³⁾.

Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Urteil anhand der verfassungsrechtlichen Überprüfung der Umwandlungsbefugnis eines Mehrheitsaktionärs unter Ausschluß der Aktionärsminderheit allgemeine Ausführungen über die gesetzgeberischen Möglichkeiten und Grenzen zur Gewährung innergesellschaftlicher Herrschaftsbefugnisse gemacht. Ausgehend von der Feststellung, daß das Aktien- und Umwandlungsgesetz mit den darin vorgesehenen Herrschaftsbefugnissen der Mehrheit gegenüber der Minderheit wegen des Fehlens eines unmittelbaren Eingriffs kein Enteignungsgesetz im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG ist, überprüft das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der

1) Vgl. hierzu die Darstellungen von Pöpl, Aktienrechtlicher Minderheitenschutz, und Wedell, Minderheitenschutz.

2) Vgl. dazu insbesondere von Falkenhausen, Verfassungsrechtliche Grenzen, vor allem S. 3 mit Hinweisen auf die neueren Bemühungen von Rechtsprechung und Schrifttum, Fragen des Gesellschaftsrechts in verfassungsrechtliche Kategorien einzuordnen.

3) Siehe S. 158.

in Frage stehenden Regelungen an Art. 14 Abs. 1 GG¹⁾. Danach kann die Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Herrschaftsmöglichkeiten nur dann als verfassungsmäßig angesehen werden, wenn sie sich noch im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums hält.

Für das von der Aktie verkörperte gesellschaftsrechtliche Eigentum gilt, daß es seit jeher im Interesse der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft einem innergesellschaftlichen Entscheidungsmechanismus ausgesetzt ist, der aufbauend auf dem Mehrheitsprinzip zwangsläufig zu Einwirkungen auf das Eigentum der Minderheit führt²⁾. Dieses Prinzip gehört zu dem typischen Erscheinungsbild der Kapitalgesellschaft und bestimmt grundsätzlich in zulässiger Weise Inhalt und Schranken des gesellschaftsrechtlich vermittelten Eigentums "Aktie".

Dieses innergesellschaftliche Herrschaftsprinzip kann jedoch nicht schrankenlos gelten. Besonders dann, wenn die aus der Aktie fließenden Rechte auf Mitgliedschaft, auf Teilnahme an der Verwaltung und der Anspruch auf anteiligen Gewinn berührt oder gar durch eine Mehrheitsentscheidung aufgehoben werden können, besteht die Gefahr, daß die Inhalts- und Schrankenbestimmung des aktienrechtlich vermittelten Eigentums in eine unzulässige Enteignung der Aktionäre umschlägt.

Für die nach § 15 UmwG bestehende Möglichkeit der Umwandlung einer AG auf eine andere AG unter Ausschluß der Minderheit und

3) von S. 157:

BVerfGE 14 S. 263 ff. In diesem Urteil ging es speziell um die Verfassungsmäßigkeit des § 15 Umwandlungsgesetz vom 12. Nov. 1956 (BGBl I S. 844), der eine Mehrheitsumwandlung einer AG in eine andere AG unter Ausschluß der Minderheit durch einen Beschluß mit drei Viertel Mehrheit gestattete. Anlaß der Entscheidung war ein entsprechender Umwandlungsbeschluß der FELDMÜHLE-AG vom 22. 12. 1959. Durch Änderung des Umwandlungsgesetzes im Zuge der Aktienrechtsreform 1965 setzt § 15 UmwG heute eine Mehrheit von neun Zehnteln voraus.

1) A. a. O. S. 277 ff.

2) Vgl. von Falkenhausen, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 116.

ihrer Aktionärsrechte hat das Bundesverfassungsgericht im "Feldmühle"-Urteil trotz "erheblicher Bedenken" ¹⁾ noch eine solche Inhalts- und Schrankenbestimmung und keine eigentumsverletzende Regelung angenommen. Es geht dabei von der Feststellung aus, daß der Ausschluß der Aktionärsminderheit bzw. eine Einschränkung ihrer Rechte nur aus gewichtigen Gründen des gemeinen Wohls ²⁾, nur bei voller wirtschaftlicher Entschädigung für den Verlust der Rechtsposition und nur bei Bestehen eines wirksamen Rechtsbehelfes ³⁾ gegen einen Mißbrauch der wirtschaftlichen Macht zulässig ist.

Inwieweit dieses Ergebnis und die vom Bundesverfassungsgericht dafür vorgebrachten Gründe im einzelnen zutreffen ⁴⁾ und inwieweit die speziell für die Herrschaftsmöglichkeiten nach dem Umwandlungsgesetz entwickelten Grundsätzen auch für die anderen Formen der innergesellschaftlichen Herrschaft ausgedehnt werden können, mag hier genauso dahingestellt bleiben, wie die Frage, ob durch die Aktienrechtsreform im Jahre 1965 in allen Fällen Regelungen getroffen wurden, die einer Überprüfung anhand der Eigentumsrechte der Minderheit standhalten ⁵⁾. Hier genügt die Feststellung, daß das von Art. 14 GG geschützte Eigentum der Aktionäre, vor allem der Minderheitsaktionäre, dem gesetzgeberischen Ermessen zur Ausgestaltung der innergesellschaftlichen Herrschaftsbefugnisse eine Grenze setzt und daß das Aktien-

1) A. a. O. S. 279.

2) A. a. O. S. 282; im konkreten Fall war es nach dem Bundesverfassungsgericht das "Interesse der Allgemeinheit an einer freien Entfaltung der unternehmerischen Initiative im Konzern".

3) A. a. O. S. 383; zu diesen Voraussetzungen vgl. auch von Falkenhausen, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 117 ff.

4) Vgl. dazu die zahlreichen Auseinandersetzungen mit dem Problem und dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Hueck, DB 1960, S. 375; von Falkenhausen, Die Aktiengesellschaft 1960, S. 255; für verfassungswidrig wird das Umwandlungsgesetz gehalten von Fechner und Schneider, Verfassungswidrigkeit; Franke, DB 1961 S. 19 ff.; Hamann, Betriebsberater 1960, S. 1306.

5) Dies dürfte wohl der Fall sein, war doch gerade die Verstärkung des Minderheitenschutzes ein Motiv für die Reform des Aktiengesetzes.

und Gesellschaftsrecht, solange es nicht ausdrücklich als Enteignungsgesetz nach Art. 14 Abs. 3 GG ausgestaltet ist, nur Inhalt und Schranken des aktienrechtlich vermittelten Eigentums bestimmen, aber nicht weiter in das Eigentum der Aktionäre eingreifen darf¹⁾. Der auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG gestützte verfassungsrechtliche Schutz der Minderheitsaktionäre^{2) 3)} gegenüber dem Ermessen des Gesetzgebers bei der Gestaltung der innergesellschaftlichen Herrschaftsverhältnisse wird zwar im Ergebnis die Herrschaftsmöglichkeiten der Mehrheit gegenüber der Minderheit nicht weiter einschränken als Art. 14 GG, die Grenzziehung zwischen zulässiger und unzulässiger Beschränkung der Minderheitsrechte dürfte hier aber, besonders unter Anwendung des bei Art. 12 GG vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit leichter durchzuführen sein.

Aktionäre, die durch Ausschluß nach § 64 AktG und Aktionäre, die im Falle der Kapitalherabsetzung durch Kraftloserklärung nach § 226 AktG oder durch Zwangseinziehung nach § 237 AktG und durch Umwandlung auf den Hauptaktionär nach § 15 UmwG ihre Mitgliedschaftsrechte verlieren, werden in ihrer Berufsfreiheit genauso beeinträchtigt wie der Minderheitsaktionär, der im Falle einer Konzernbildung durch Beherrschungsvertrag nach § 304 AktG vom Mit-"Unternehmer" zum "Rentner" wird.

-
- 1) Zum Eigentumsschutz der Aktionäre gegenüber dem Gesetzgeber bei der Umgestaltung des Gesellschaftsrechts vgl. auch die Auseinandersetzungen um die Erweiterung der Arbeitnehmermitbestimmung. Siehe hierzu Huber, Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 95, sowie Schwerdtfeger, Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz, S. 217 ff.
 - 2) Zum Verhältnis von Art. 12 GG zu Art. 14 GG vgl. BVerfG NJW 1971 S. 1260.
 - 3) Auch der Aktionär genießt den Schutz des Art. 12 GG, jedenfalls dann, wenn die Aktionärsstellung über bloße Anlagegesichtspunkte hinaus unternehmerischen Zielen dient, da sie "eine auf Dauer berechnete sinnvolle Tätigkeit sein kann, die der Erhaltung der Lebensgrundlage dient"; vgl. dazu BVerfGE 7 S. 397.

Solche Beschränkungen der freien Berufsausübung darf der Gesetzgeber nach Art. 12 GG nur im Interesse des Gemeinwohls vornehmen. Das von ihm eingesetzte Mittel muß geeignet und erforderlich sein, dieses Gemeinwohlinteresse zu verwirklichen, und darf bei einer Gesamtabwägung der beteiligten Interessen die Grenze der Zumutbarkeit nicht überschreiten ¹⁾.

Die bestehenden aktienrechtlichen Regelungen der Berufsausübung durch die Aktionäre wird man unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Interesses an einer funktionsfähigen Gesellschaftsform und einer begrenzten Konzernbildung allgemein zwar als zulässig ansehen müssen; die Anwendbarkeit von Art. 12 GG im Aktienrecht ist mit dieser Feststellung aber keineswegs erschöpft. Art. 12 GG dient wie Art. 14 GG nicht nur als Gültigkeitsmaßstab für bestehende und zukünftige Regelungen der innergesellschaftlichen Herrschaftsausübung, sondern beide Vorschriften sind im jeweils aktuellen Gesellschaftsrecht darüber hinaus als Auslegungshilfen bei unklaren Rechtsverhältnissen heranzuziehen ²⁾.

Wendet man diese aus Art. 12 und Art. 14 GG allgemein für die Ausgestaltung der innergesellschaftlichen Herrschaftsverhältnissen entwickelten Grundsätze auf die spezielle Gestaltung der staatlichen Einflußmöglichkeiten in einer AG an, so ergibt sich folgendes:

Die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit und das Eigentumsrecht der Minderheitsaktionäre verwehren es dem Gesetzgeber, das auf bestehende Aktiengesellschaften zur Anwendung kommende Recht so umzugestalten, daß es einem staatlichen Aktionär auf dem Wege der normalen Mehrheitsentscheidung oder durch Ausübung ihm eingeräumter Sonderrechte möglich ist, die Mitgliedschaftsrechte der privaten Minderheitsaktionäre ohne einen gewichtigen

1) Vgl. BVerfG NJW 1971, S. 1255 (1256) unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung zu Art. 12 GG.

2) Vgl. von Falkenhausen, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 5.

Grund des gemeinen Wohls, ohne volle wirtschaftliche Entschädigung und ohne ausreichenden Verfahrensschutz zu entziehen oder aber ihre Berufsfreiheit in unverhältnismäßiger Weise einzuschränken. So wäre z. B. eine deutliche Herabsetzung des Quorums für Satzungsänderungen im Fall einer staatlichen Beteiligung, die Aufhebung der Schadensersatzpflichten für den Fall einer gesellschaftsschädlichen Einflußnahme des Staates auf die Gesellschaft bzw. ihre Organe oder die Ermöglichung der entschädigungslosen Zweckänderung durch einen staatlichen Aktionär verfassungswidrig.

Für die Anwendung auf das gegenwärtig gültige Aktienrecht kommt der Berufsfreiheit und dem Eigentumsschutz als Auslegungshilfe u. a. in folgenden Fällen Bedeutung zu:

Bei der allgemeinen Untersuchung über die aktienrechtlichen Möglichkeiten zur Beeinflussung der unternehmerischen Zielsetzung wurde die strittige Frage erörtert, ob eine Änderung des Gesellschaftszwecks mit satzungsändernder Mehrheit oder nur einstimmig beschlossen werden kann ¹⁾. Sieht man in der Mitgliedschaft und den damit verbundenen Vermögensrechten sowie in der Betätigung der Aktionäre einen grundrechtlich geschützten Bereich, so wird die hier vertretene Ansicht bestätigt, daß eine Zweckänderung der Gesellschaft, die aus einem Mit-"Unternehmer" einen "Rentner" macht, der Zustimmung aller Aktionäre bedarf. Solange diese Frage vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt ist, was er möglicherweise noch im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 GG unter Berücksichtigung von Abfindungsansprüchen tun könnte, kann es auch durch analoge Anwendung entsprechender aktienrechtlicher Vorschriften keine "gesellschaftsrechtliche Enteignung" oder Einschränkung der Berufsfreiheit geben ²⁾. Ähnliches gilt für die bereits früher erörterte Frage einer analogen Anwendung des Konzernrechts auf die

1) Vgl. oben § 3 C II 4 b.

2) Vgl. hierzu auch Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 198.

staatliche Beteiligung an Aktiengesellschaften¹⁾. Das Konzernrecht bringt nicht nur eine Privilegierung von herrschenden "Unternehmen" gegenüber anderen Mehrheitsaktionären mit sich und ist demzufolge schon wegen ihres Ausnahmecharakters eng auszulegen²⁾, es erlaubt vielmehr der privilegierten Mehrheit darüber hinaus auch entscheidende Eingriffe in den grundrechtlich geschützten Bereich der Minderheit³⁾ und ist wegen dieses ermächtigenden Charakters einer Analogie nicht fähig. Eine andere Frage ist auch hier, ob der Gesetzgeber noch im Rahmen der zulässigen Inhalts- und Schrankenbestimmung und einer verhältnismäßigen Regelung der Berufsausübung dem staatlichen Aktionär durch Änderung des Gesellschaftsrechts den Konzern-"Unternehmen" im Sinne der §§ 15 ff. AktG gleichstellen und ihm damit die zusätzlichen Herrschaftsmöglichkeiten des Konzernrechts verschaffen könnte. Durch analoge Anwendung bestehender gesellschaftsrechtlicher Vorschriften ist eine solche Beschränkung der Berufsfreiheit und des Eigentums der Minderheitsaktionäre jedenfalls nicht möglich.

Zusammenfassend läßt sich somit für die grundrechtliche Beschränkung der gesetzgeberischen Freiheit zur Gestaltung des Gesellschaftsrechts festhalten, daß die Berufsfreiheit und das Eigentumsrecht der Aktionäre einen Zulässigkeitsmaßstab für die gesetzliche Regelung der innergesellschaftlichen Herrschaftsverhältnisse darstellen. Der Gesetzgeber kann im Rahmen des allgemeinen Gesellschaftsrechts nur Inhalt und Schranken des Aktionärsrechts bestimmen, es jedoch nicht schrankenlosen Herrschaftsbefugnissen einer Mehrheit oder eines anderartig Privilegierten ausliefern oder die Berufsfreiheit des einzelnen Aktionärs durch entsprechende Regelungen in unverhältnismäßiger Weise einschränken.

1) Vgl. oben § 3 D II 2.

2) Vgl. oben a. a. O.

3) Vgl. BVerfGE 14 S. 282.

Der Grundrechtsschutz der Minderheitsaktionäre bewirkt darüber hinaus, daß innergesellschaftliche Einfluß- und Herrschaftsmöglichkeiten einer klaren gesetzlichen Grundlage bedürfen und nicht durch analoge Anwendung bestehender Vorschriften in anderen Bereichen begründet werden können.

Entschließt sich der Gesetzgeber, entsprechend den eingangs dargestellten Forderungen ¹⁾ die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften und die gesellschaftsrechtliche Herrschaftsausübung eines staatlichen Aktionärs gesetzlich zu regeln, so werden Art und Umfang dieser Regelungen somit maßgeblich von dem Grundrechtsschutz der privaten Aktionäre bestimmt werden. Aber auch ohne einen solchen Entschluß sind diese Grenzen einer gesetzlichen Regelung von Bedeutung, da sie - wie im folgenden gezeigt wird - zugleich auch die Grenzen markieren, in denen ein staatlicher Aktionär auch nach der gegenwärtigen Rechtslage noch ohne Verletzung von Grundrechten privater Minderheitsaktionäre innergesellschaftlich Herrschaft ausüben kann.

2. Der Grundrechtsschutz der privaten Aktionäre gegenüber der innergesellschaftlichen Herrschaftsausübung des staatlichen Aktionärs

Die Aktionäre, speziell die Minderheitsaktionäre, sind gegen solche Maßnahmen des Gesetzgebers grundrechtlich geschützt, die ihre Mitgliedschafts-, Vermögens- und Betätigungsrechte uneingeschränkt zur Disposition eines Mehrheits- oder eines mit Sonderrechten ausgestatteten Aktionärs stellen würden. Speziell für eine staatliche Beteiligung an Aktiengesellschaften stellt sich das besondere Problem, ob die in ihren Grundrechten berührten Aktionäre sich auch gegenüber einer innergesellschaftlichen Herrschaftsausübung eines staatlichen Aktionärs (zusätzlich) auf einen Grundrechtsschutz berufen können. Kann sich der priva-

1) Vgl. oben § 1.

te Minderheitsaktionär z. B. gegen einen vom staatlichen Mehrheitsaktionär bewirkten Auflösungs- oder Umwandlungsbeschluß nach § 262 AktG bzw. § 15 UmwG oder gegen eine von ihm beschlossene Satzungsänderung, die den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft verlagert, mit der Begründung zur Wehr setzen, hier werde in einer von Art. 14 GG und Art. 12 GG nicht gedeckten Weise vom Staat in sein Eigentum und seine Berufsfreiheit eingegriffen, durch eine solche Maßnahme würden seine grundrechtlich geschützten Mitgliedschafts- und Vermögensrechte verletzt und er von seinem bisherigen Beruf ausgeschlossen?

Die Berufung der Minderheitsaktionäre auf ihr Eigentumsrecht und ihre Berufsfreiheit hat praktisch nur dann einen Sinn, wenn eine staatlich beeinflusste Kompetenzausübung der Gesellschaftsorgane Eigentum und Berufsfreiheit der Aktionäre überhaupt verletzen kann. Die vorangegangene Untersuchung über die grundrechtlich bedingten Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens bei der Ausgestaltung der innergesellschaftlichen Herrschaftsmöglichkeiten hat aber gerade ergeben, daß die bestehenden aktienrechtlichen Regelungen der Minderheitsrechte keine unzulässige Einschränkung des Eigentumsrechts oder der Berufsfreiheit bedeuten, sondern nur in zulässiger Weise Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen und die Berufsausübung regeln ¹⁾. Wenn die Aktie und die mit ihr verbundenen Rechte aber bereits als "gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum" ²⁾ und der Beruf der Aktionäre als ein aktienrechtlich vermittelter Beruf in zulässiger Weise durch das Gesetz definiert, d. h. auch begrenzt sind, kann eine zulässige Kompetenzausübung durch die Gesellschaftsorgane gar keine Grundrechtsverletzung bewirken ³⁾. Die Grundrechte der

1) Vgl. oben § 6 B II 1.

2) Vgl. BVerfGE 14 S. 263 (276).

3) Vgl. hierzu das BVerfG in BVerfGE 14 S. 277, das zur Enteignung durch einen (dort allerdings privaten) Mehrheitsaktionär ausführt: "Wenn der Gesetzgeber der Hauptversammlung generell die Befugnis gibt, eine Mehrheitsumwandlung zu beschließen, so verleiht er nicht die Enteignungsbefugnis, sondern ermächtigt die Hauptversammlung zu einer Umgestaltung der privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Aktionären"; vgl. auch OLG Düsseldorf, BB 1960, S. 543.

Minderheit können durch eine zulässige Kompetenzausübung der Gesellschaftsorgane also niemals verletzt werden; sie sind bereits vorher durch das Gesetz mit der Kompetenzausübung in Einklang gebracht ¹⁾. Nur dann, wenn der staatliche Mehrheitsaktionär seine bestehenden aktienrechtlichen Herrschaftsbefugnisse überschreitet und damit seine gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten mißbraucht, verletzt er durch sein Handeln den grundrechtlich geschützten Bereich der privaten Minderheitsaktionäre. Eine auf staatlichen Einfluß zurückgehende faktische Änderung des Gesellschaftsgegenstandes, eine faktische Änderung des Gesellschaftszwecks oder die Bildung eines "faktischen Konzerns" durch ein Nicht-"Unternehmen" kann den Aktionären gegenüber nicht mehr mit dem Hinweis auf die vom Gesetz gewollte Beschränkung ihrer Eigentumsrechte und ihrer Berufsfreiheit begründet werden. Solche Maßnahmen würden eine unzulässige Grundrechtsverletzung bedeuten und daher rechtswidrig sein. Diese Rechtswidrigkeit und die aus ihr folgenden Abwehrmöglichkeiten bedeuten für die betroffenen Aktionäre praktisch kaum eine Besserstellung. Denn schon nach dem Aktienrecht sind solche, auf staatlichen Einfluß zurückgehende Beschlüsse der Gesellschaftsorgane rechtswidrig und können von den Aktionären schon nach dem Aktienrecht abgewehrt werden ²⁾. Der Grundrechtsschutz der privaten Minderheitsaktionäre bewirkt somit eine zusätzliche, in ihrem Umfang aber identische Abwehrmöglichkeit gegenüber einer staatlichen Einflußnahme.

Im Ergebnis beschränken somit die Grundrechte der Aktionäre die gegenwärtig bestehenden innergesellschaftlichen Herrschaftsmöglichkeiten eines staatlichen Aktionärs nicht weiter ein als sie ohnehin begrenzt sind. Das Eigentumsrecht und die Berufsfreiheit der Aktionäre haben daher ihre Bedeutung vorwiegend gegenüber Maßnahmen des Gesetzgebers bei der gesetzlichen Ausgestaltung der innergesellschaftlichen Herrschaftsmöglichkeiten eines Mehrheitsak-

1) So im Ergebnis auch von Falkenhausen, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 117.

2) Vgl. z. B. die §§ 241 ff. AktG.

tionärs im allgemeinen bzw. eines staatlichen Aktionärs im besonderen.

3. KAPITEL

DAS AM ÖFFENTLICHEN INTERESSE AUSGERICHTETE HANDELN DER STAATLICH BEEINFLUSSTEN AG

Die vorangegangene Untersuchung befaßte sich mit der Frage, welche Möglichkeiten und Grenzen für die öffentliche Hand bestehen, eine AG in ihrem Sinne zu beeinflussen und sie für staatliche Ziele nutzbar zu machen. In diesem Kapitel soll der Versuch unternommen werden, die Grundsätze darzustellen, nach denen sich das Handeln einer staatlich beeinflussten AG zu richten hat und welchen Regelungen ihre Teilnahme am Rechtsverkehr unterworfen ist. Ging es bisher um das Verhältnis der Gesellschaft und ihrer Aktionäre zum einflußerstrebbenden bzw. einflußausübenden Staat, so steht nunmehr das Verhältnis der staatlich beeinflussten AG zu außenstehenden Dritten im Vordergrund der Betrachtung.

§ 7 Das am öffentlichen Interesse orientierte Handeln der staatlich beeinflussten AG als Handeln eines Privatrechtssubjekts

A Die AG als Rechtssubjekt des Privatrechts

Die AG ist nach § 1 AktG eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Sie ist damit selbständiger Träger eigener Rechte und Pflichten und kann durch ihre eigenen Organe unmittelbar eigene Rechtshandlungen wirksam vornehmen und an jedem Rechtsvorgang unmittelbar teilnehmen ¹⁾. Die AG ist juristische Person des Privatrechts und nimmt als solche am Privatrechtsverkehr teil ²⁾. Die eigene Rechtspersönlichkeit und das grundsätzlich eigenverantwortliche Handeln der AG ist verbunden mit der Haftung für ihr Verhalten bzw. nach § 31 BGB für das Verhalten ihrer Vertreter ³⁾. Als juristische Person des privaten Rechts unterliegt

1) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 1 Anm. 6 und 7.

2) Vgl. Baumbach-Hueck, § 1 Anm. 4.

3) Vgl. Meyer-Landrut in Großkommentar Aktiengesetz, § 1 Anm. 4.

sie dabei grundsätzlich den gleichen rechtlichen Bedingungen wie alle anderen Privatrechtssubjekte. Sie genießt die gleichen Rechte und ist den gleichen Verpflichtungen unterworfen. Wegen der eigenen Rechtspersönlichkeit der AG bestehen diese Rechte und Pflichten unabhängig von den Rechten und Pflichten anderer, auch der Aktionäre ¹⁾. Daran ändert sich auch im Falle einer staatlichen Kapitalbeteiligung grundsätzlich nichts. Die Rechte und Pflichten einer AG bei ihrer Teilnahme am Privatrechtsverkehr bestehen unabhängig von den jeweiligen Rechten und Pflichten des staatlichen Aktionärs. Dort, wo die öffentliche Hand bei ihrem Handeln z. B. die Grundrechte zu beachten hat oder an die innerstaatliche Kompetenzverteilung gebunden ist, bleibt die AG, auch die staatlich beherrschte AG, als juristische Person des privaten Rechts grundsätzlich von diesen Bindungen unberührt.

Der private Dritte, der mit einer unter staatlichem Einfluß stehenden AG in Rechtsbeziehungen tritt, kann sich in diesem Rechtsverhältnis somit grundsätzlich nicht auf Grundsätze und Rechte berufen, die sonst im Verhältnis Bürger - Staat zur Anwendung kommen.

B Die besonderen Grundsätze bei der "Einmann-AG"

Das Prinzip der strengen Trennung der mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten AG von den sie tragenden Gesellschaftern wird von Rechtsprechung und der aktienrechtlichen Literatur nur dort durchbrochen, wo die Rechtsform der juristischen Person dazu mißbraucht wird, um Gesetze zu umgehen, vertragliche Verpflichtungen zu verletzen oder Dritte fraudulös zu schädigen ²⁾. Die Gefahr eines solchen Mißbrauchs der juristischen Person besteht besonders bei den sog. "Einmanngesellschaften", bei denen sich sämtliche Aktien in der Hand eines Aktionärs befinden ³⁾.

1) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 1 Anm. 6.

2) Vgl. dazu Meyer-Landrut in Großkommentar Aktiengesetz, § 1 Anm. 25, mit weiteren Hinweisen, sowie insbesondere Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen.

3) Siehe S. 170.

I Der "Durchgriff" auf den staatlichen Alleinaktionär

Einem möglichen Mißbrauch der juristischen Person wollen Rechtssprechung und Lehre dadurch begegnen, daß sie einen "Durchgriff" auf die hinter der AG stehenden Alleingesellschafter zulassen, um dadurch zu erreichen, daß der die Gesellschaft mißbrauchende Gesellschafter unmittelbar in Anspruch genommen werden kann ¹⁾. Eine solche, für die Anwendbarkeit des "Durchgriffs" vorausgesetzte mißbräuchliche Ausnutzung der formellen Eigenständigkeit der juristischen Person wird dann angenommen, wenn der Alleinaktionär in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung die Vermögensmassen vermischt oder unter dem Mantel einer ungenügend kapitalisierten Gesellschaft risikoreiche Geschäfte betreibt, um die Gefahr des Mißlingens gegebenenfalls auf seine Gläubiger abwälzen zu können.

Ein Durchgriff auf den so handelnden Alleinaktionär hat zur Folge, daß ein Gesellschafter abweichend von den allgemeinen aktienrechtlichen Grundsätzen für die Schulden der Gesellschaft persönlich haftet bzw. die der Gesellschaft obliegenden sonstigen Verpflichtungen selbst erfüllen muß.

Dieser "Durchgriff" auf den Alleinaktionär kann ohne weitere Besonderheiten auch für vom Staat getragene Aktiengesellschaften gelten. Die praktische Bedeutung des Durchgriffs dürfte in diesen Fällen allerdings gering sein. Ist der Staat Alleingeschafter einer AG, wird er die Gesellschaft durch Zuschüsse und andere Maßnahmen regelmäßig in die Lage versetzen, ihre Verbindlichkeiten Dritten gegenüber zu erfüllen. Auch dürfte bei einem staat-

3) von S. 169:

Die Einmangengesellschaften sind im deutschen Aktienrecht gewohnheitsrechtlich anerkannt; vgl. dazu BGHZ 21 S. 383 und BGHZ 22 S. 229 f. mit weiteren Nachweisen.

1) Zur Durchgriffstheorie vgl. Godin-Wilhelmi, § 1 Anm. 18, sowie Meyer-Landrut in Großkommentar, § 1 Anm. 23 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen.

lichen Aktionär es regelmäßig an einer betrügerischen Schädigungsabsicht fehlen.

II Der "umgekehrte Durchgriff" - kein Instrument zur Übertragung staatlicher Rechte und Pflichten auf die staatlich beherrschte AG

Interessanter als der "Durchgriff" im eigentlichen Sinne ist im vorliegenden Zusammenhang die entgegengesetzte Blickrichtung bei der Identifizierung des staatlichen Alleinaktionärs mit der Gesellschaft. Beim normalen Durchgriff hat der Gesellschafter für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft einzustehen. Ist es auch umgekehrt möglich, daß die Gesellschaft mit Hilfe dieses gesellschaftsrechtlichen ¹⁾ Instituts für eine Verpflichtung des Alleinaktionärs in Anspruch genommen werden kann?

Die Identifizierung des Alleingesellschafters mit der Gesellschaft würde bei dieser Möglichkeit für die staatlich beherrschte AG besondere Bedeutung erlangen. Auf diesem Wege könnten möglicherweise die besonderen Verpflichtungen des Staates gegenüber der Allgemeinheit zu Pflichten der AG gemacht werden. Die Grundrechtsbindungen des Staates, die Gleichbehandlungspflicht nach § 5 ParteienG oder die gemeinderechtliche Pflicht ²⁾, "öffentliche Einrichtungen" den Gemeindegewohnern zu überlassen sowie ähnliche Verpflichtungen der öffentlichen Hand könnten auf diesem Wege auf die Gesellschaft übertragen werden, mit der Folge, daß der außenstehende Dritte einen öffentlich-rechtlich begründeten Anspruch unmittelbar gegen die Gesellschaft hätte.

1) Hier werden nur die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen und Folgen der Identifizierung von AG und Alleinaktionär behandelt. Ob nach öffentlichem Recht eine solche Gleichsetzung ebenfalls möglich und nötig ist und welche Konsequenzen sich gegebenenfalls daraus ergeben, wird später noch untersucht werden, vgl. unten § 8 B II 4 c bb.

2) Vgl. z. B. § 18 Abs. 2 GO NRW.

Ein solcher "umgekehrter Durchgriff" begründet bei angenommener Identität der Gesellschaft mit dem Alleinaktionär Rechtsfolgen für die Gesellschaft aus der Art der Gesellschafter. Ein solcher Schluß ist dem Aktienrecht nicht fremd, sondern bei den sog. "Normanwendungsfällen" ¹⁾ die Regel. Bei den in der Durchgriffstheorie verankerten Normanwendungsfällen werden aus der Qualität der Gesellschafter Rückschlüsse auf die Gesellschaft gezogen und für diese Rechtsfolgen begründet. So wurde bei der Feindvermögensgesetzgebung während der letzten beiden Kriege aus dem Kapitalanteil ausländischer Aktionäre und ihrer Stellung in der Gesellschaft auf eine "feindliche" Gesellschaft geschlossen ²⁾. Die Rassengesetzgebung des Dritten Reiches ließ es sogar ausreichen, daß eine Beteiligung von Juden an Vorstand oder Aufsichtsrat oder eine 25%ige Kapitalbeteiligung eine AG als "jüdisch" disqualifizierte ³⁾. Ein Rückschluß vom Gesellschafter auf die Gesellschaft mit bestimmten Rechtsfolgen liegt auch einem Urteil des Landgerichts Frankfurt/Main vom 16. 11. 1967 ⁴⁾ zugrunde, wonach die in amerikanischen Mehrheitsbesitz übergegangene DEUTSCHE ERDÖL AG keinen Anspruch mehr auf staatliche Kredithilfe hat, die zur "Förderung der deutschen Erdölindustrie" gewährt wird ⁵⁾.

Von Bedeutung ist im vorliegenden Zusammenhang auch der (umgekehrte) Durchgriff vom staatlichen Gesellschafter auf die Gesellschaft, den der Bundesgerichtshof mehrfach in seiner Rechtsprechung zu den sog. "Kriegsgesellschaften" vorgenommen hat ⁶⁾.

1) Vgl. dazu Meyer-Landrut in Großkommentar Aktiengesetz, § 1 Anm. 26; vgl. auch BVerfGE 13 S. 340.

2) Siehe dazu die Verordnung über die Behandlung feindlichen Vermögens vom 15. 1. 1940, RGBl. I S. 191.

3) Vgl. die 3. DVO zum Reichsbürgergesetz vom 14. 6. 1938, RGBl. I S. 627.

4) Betriebsberater 1968, S. 482.

5) Gesetz vom 20. 12. 1963, BGBl. I S. 995.

6) Vgl. BGHZ 3, S. 316; BGHZ 10, S. 205, und BGHZ 15, S. 27.

Der BGH hat in diesen Urteilen unter bestimmten Voraussetzungen die Aufrechnung von Forderungen gegen das Deutsche Reich mit Forderungen von Reichsgesellschaften zugelassen. Die Reichsgesellschaften mußten wegen ihrer angenommenen Identität mit dem Staat Verpflichtungen des Staates Dritten gegenüber gegen sich gelten lassen.

Verallgemeinert man die hier aufgeführten Beispiele der Normanwendung und der Übernahme von Verpflichtungen des Staates durch staatlich beherrschte Kriegsgesellschaften, so läßt sich z. B. der Satz, daß feindlich beherrschte Gesellschaften feindlich sind und demzufolge auf sie die Feindvorschriften zur Anwendung kommen, dahingehend abwandeln, daß staatlich beherrschte Gesellschaften staatlich sind und sie demzufolge die Verpflichtungen des Staates zu erfüllen haben. Eine solche Verallgemeinerung ist jedoch nicht zulässig. Sie berücksichtigt nicht den besonderen Charakter der Normanwendungsfälle, bei denen Spezialnormen bestimmte Rechtsfolgen herbeiführen wollen und dafür zugleich auch ihren gesellschaftsrechtlichen Anwendungsbereich bestimmen, dies sogar in unterschiedlicher Form.

Die Rechtsprechung des BGH zu den "Kriegsgesellschaften" ist nur aus der außergewöhnlichen Nachkriegssituation zu rechtfertigen und wurde vom BGH selbst in seiner späteren Rechtsprechung ausdrücklich auf diese Sondersituation beschränkt ¹⁾. Auch wenn die öffentliche Hand Alleingesellschafter einer AG ist, wird sie weder zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ²⁾ noch können ihr allgemein im Wege des umgekehrten Durchgriffs staatliche Pflichten auferlegt werden. Spezifisch staatliche Pflichten sind zudem öffentlich-rechtlicher Natur und können demzufolge auch nur öffentlich-rechtlich begründet und übertragen werden.

1) Vgl. BGHZ 26, S. 31.

2) Meyer-Landrut in Großkommentar Aktiengesetz, § 1 Anm. 26; BGH NJW 1965, S. 754.

Ob und inwieweit eine öffentlich-rechtlich begründete Pflichtenverlagerung vom Staat auf die AG möglich ist, und ob dabei die Grundsätze des Durchgriffs auf öffentlich-rechtlicher Basis zur Anwendung kommen können, wird später noch erörtert werden ¹⁾. Mit Hilfe gesellschaftsrechtlicher Durchgriffstheorien allein kann eine AG jedenfalls nicht in den Bereich des Staatlichen gehoben werden. Dazu bedarf es eines öffentlich-rechtlichen Organisationsaktes.

Auch bei einer staatlich beherrschten AG bzw. bei einer AG mit staatlichem Alleinaktionär bleibt somit die eigene privatrechtliche Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft grundsätzlich erhalten. Ihre Rechte und Pflichten sind von denen des Staates getrennt. Der private Dritte, der mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen tritt, kann von der Gesellschaft grundsätzlich nicht die Erfüllung besonderer staatlicher Pflichten verlangen.

C Normen und Grundsätze, die die privatrechtliche Tätigkeit von Aktiengesellschaften im öffentlichen Interesse beeinflussen

Können einer staatlich beherrschten AG wegen ihrer eigenen privatrechtlichen Rechtspersönlichkeit spezifische staatliche Aufgaben und öffentlich-rechtliche Verpflichtungen des Staates mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln nicht auferlegt werden, so bedeutet dies aber nicht, daß der Staat keine Möglichkeit hätte, das Handeln der AG einem öffentlichen Interesse entsprechend zu regeln. Dies ist ihm mit Hilfe öffentlich-rechtlicher Normen oder durch eine besondere Gestaltung der Privatrechtsordnung jederzeit möglich.

Um das Allgemeinwohl zu fördern, braucht der Staat nicht alle Bedürfnisse der Allgemeinheit durch eigene Leistungen bzw. staatliche Verwaltungstätigkeit zu befriedigen. Sofern Privatpersonen bereit sind, entsprechende Leistungen zu erbringen, kann der Staat sich damit begnügen, die Tätigkeit der Privaten im öffentlichen In-

1) Vgl. unten § 8 B II 4 c, bb.

teresse zu regeln, ohne der Tätigkeit den Charakter eines Verwaltungshandelns zu geben und ohne die handelnde Privatperson zu einem Träger öffentlicher Verwaltung zu machen.

Diese staatlich bewirkte Ausrichtung des privaten Handelns von Privatpersonen auf ein bestimmtes öffentliches Interesse kann so weit gehen, daß die Tätigkeit ihrem materiellen Gehalt, ihrer Form und ihren Bindungen nach weitgehend öffentlicher Verwaltungstätigkeit entspricht. Umfaßt eine solche staatliche Reglementierung privater Tätigkeiten von öffentlicher Bedeutung alle Bereiche eines möglichen staatlichen Verwaltungshandelns und bewirkt sie im Ergebnis die gleichen Bindungen, wie sie für staatliches Verwaltungshandeln gelten, so beseitigt dies die Notwendigkeit - und als Konsequenz daraus möglicherweise auch die Zulässigkeit -, den im öffentlichen Interesse handelnden Privatpersonen den Status von Verwaltungsträgern zu verleihen. Bevor Voraussetzungen und Formen der Einbeziehung einer AG in den Bereich der öffentlichen Verwaltung und der Begründung einer Verwaltungsträgerschaft sinnvoll erörtert werden können, muß Klarheit darüber bestehen, in welchem Umfang bereits bestimmte Tätigkeiten Privater ohne Begründung einer solchen Verwaltungsträgerschaft auf das öffentliche Interesse hin ausgerichtet sind bzw. ausgerichtet werden können. Diese bereits bestehenden Bindungen an das öffentliche Interesse sollen hier beispielhaft am Energiegesetz, am Personenbeförderungsgesetz, an den Grundsätzen des Monopolprivatrechts und dem Kartellrecht dargestellt werden.

I Energierecht

Neben den bereits früher behandelten Vorschriften des Energiegesetzes, die die Grundsätze und Möglichkeiten einer staatlichen Einflußnahme auf Energieversorgungsunternehmen regeln ¹⁾, ent-

1) Vgl. dazu oben § 7 C I.

hält das Energiewirtschaftsrecht auch Normen, die das Verhältnis zwischen Energieversorgungsunternehmen und den Benutzern ausgestalten. § 6 EnergG begründet eine allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht der Energiegesellschaften, die sie verpflichten, allgemeine Bedingungen und allgemeine Tarifpreise öffentlich bekanntzugeben und zu diesen Bedingungen und Tarifpreisen jedermann an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen. Dieser Anschluß- und Versorgungspflicht des Unternehmens steht ein entsprechender Anspruch des Versorgungsanwärters gegenüber¹⁾, den dieser unmittelbar gegen das Versorgungsunternehmen gerichtlich durchsetzen kann²⁾. Die aufgrund des § 7 EnergG erlassenen energiepreisrechtlichen Vorschriften haben eine weitgehende Vereinheitlichung aller Tarifpreise und die preisrechtliche Gleichbehandlung aller Abnehmergruppen bewirkt³⁾. Die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht der Energieversorgungsunternehmen gilt für alle, auch für staatlich beherrschte Unternehmen in gleichem Maße. Ihre gegenwärtige inhaltliche Ausgestaltung entspricht in vollem Umfang den Maßstäben des Art. 3 GG, so daß die Frage, ob für staatliche Unternehmen der Energiewirtschaft der Gleichheitssatz des Grundgesetzes zur Anwendung kommt, für das geltende Energierecht keine praktische Bedeutung erlangt. Der Abnehmer von Energie wird schon nach dem Energiegesetz so behandelt, als ob das Versorgungsunternehmen ihm gegenüber öffentlich-rechtliche Grundsätze zu beachten hätte. Da die Energieversorgung in der Bundesrepublik in großem Umfang durch staatlich beherrschte Gesellschaften erfolgt⁴⁾, bleibt für weite Teile der staatlichen unternehmerischen Betätigung das Problem der verfassungsrechtlich garantierten Gleichbehandlung zumindest in der Praxis bedeutungslos.

1) Eiser-Riederer-Sieder, § 6 Anm. 3 b.

2) Ob der Anspruch auf dem ordentlichen Rechtsweg oder dem Verwaltungsrechtsweg verfolgt werden muß, ist umstritten, vgl. Eiser-Riederer-Sieder, a. a. O. mit weiteren Hinweisen.

3) Vgl. dazu die bei Eiser-Riederer-Sieder III abgedruckten Bestimmungen und die ausführliche Darstellung des Energiepreissrechts.

4) Vgl. dazu Eckstein, Wirtschaftliche Betätigung, S. 36 ff.

II Personenbeförderungsgesetz

Genau wie das Energiewirtschaftsrecht enthält auch das Personenbeförderungsgesetz neben Vorschriften, die staatliche Einflußrechte auf die Verkehrsunternehmen begründen, Regelungen, die für den Rechtsverkehr der Unternehmen mit außenstehenden Dritten zur Anwendung kommen. § 22 PersBefG begründet für die Verkehrsunternehmen - unabhängig von ihrem jeweiligen Träger - eine Beförderungspflicht, auf deren Erfüllung der Verkehrssuchende einen klagbaren Anspruch hat ¹⁾. Die Beförderung hat nach § 39 Abs. 3 PBefG zu behördlich genehmigten Beförderungsentgelten zu erfolgen. Ermäßigungen, die nicht unter gleichen Bedingungen jedermann zugute kommen, sind verboten und nichtig. § 39 Abs. 3 PBefG stellt damit den Grundsatz der Tarifgleichheit auf, fordert aber nicht die grundsätzlich gleiche Behandlung aller Benutzer, sondern erlaubt zur Förderung des Gemeinwohls Ermäßigungen für sozial schwächere Bevölkerungskreise, die nach ihrem inneren Zusammenhang zwar bestimmt, ihrer Zahl nach jedoch unbegrenzt sind ²⁾. Für Schüler, Studenten, Arbeiter, Arbeitslose, Kriegsversehrte usw. können demnach jeweils verschiedene Tarife festgelegt werden, innerhalb dieser Gruppierungen müssen die jeweiligen Ermäßigungen nach dem Personenbeförderungsgesetz aber einheitlich angewandt werden. Welche Bevölkerungsgruppe durch Ermäßigungen generell oder anderen Gruppen gegenüber bevorzugt werden darf, bleibt in dem Gesetz jedoch offen. Aus diesem Grunde war auch der BGH in dem bereits mehrfach erwähnten Düsseldorfer Straßenbahnfall gezwungen, für seine Entscheidung über die Zulässigkeit der tariflichen Bevorzugung von Schülern der allgemeinbildenden Ergänzungsschulen gegenüber den Schülern der berufsbildenden Ergänzungsschulen auf Art. 3 GG zurückzugreifen ³⁾. Der BGH hat im Ergebnis zwar eine Verletzung des Gleichheitssatzes

1) Vgl. Rautenberg-Franzioch, PersBefG § 22 Anm. 1.

2) Vgl. Fielitz-Meier-Montigel, § 39 Anm. 10.

3) BGH NJW 1969, S. 2195 f.

verneint, dennoch macht dieses Beispiel deutlich, daß Art. 3 GG in der Gleichbehandlung der Benutzer von Verkehrseinrichtungen weitergehen kann als das Personenbeförderungsgesetz. Hier wird ersichtlich, welche praktische Bedeutung der Frage zukommt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine staatlich beherrschte AG an die Grundrechte gebunden werden kann. Hierauf wird später noch im einzelnen eingegangen werden¹⁾. Trotz dieser Feststellung kann hier jedoch festgehalten werden, daß aufgrund der Bindungen des Personenbeförderungsgesetzes die Verkehrsunternehmen im Verhältnis zu ihren Benutzern weitgehend gemeinwohlorientierte Regelungen zu befolgen haben. Der mit einem Verkehrsunternehmen in Rechtsbeziehungen tretende außenstehende Dritte genießt - wenn auch auf anderer rechtlicher Grundlage - weitgehend die Vorteile, die ihm auch bei Fehlen besonderer verkehrsrechtlicher Regelungen im Falle unmittelbaren staatlichen Handelns zustehen würden. Die Frage, ob eine staatliche Verkehrsgesellschaft zusätzlich zu den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes wegen ihres staatlichen Charakters noch anderen öffentlich-rechtlichen Regelungen unterworfen ist, wird somit für den Benutzer in der Regel nicht von praktischem Interesse sein.

III Kartellrecht

Neben den erwähnten spezialrechtlichen Vorschriften, die die Tätigkeit von Unternehmen in bestimmten Bereichen regeln, hat der Gesetzgeber mit dem "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen"²⁾ eine allgemeine Möglichkeit geschaffen, die Teilnahme von Unternehmen am Rechtsverkehr in einem bestimmten öffentlichen Interesse zu regeln. Dieses Gesetz gilt nach § 98 GWB grundsätzlich auch für Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden. Die Tatsache, daß ein Unternehmen eine staatliche Beteiligung aufweist oder unter staatlicher Verwaltung steht, führt somit

1) Vgl. unten § 8.

2) Gesetz vom 3. 1. 1966, BGBl I S. 37.

findet z. B. für die öffentlichen Nahverkehrsunternehmen, deren Beförderungstarife nach dem Personenbeförderungsgesetz einer Genehmigung bedürfen, das Gesetz überhaupt keine Anwendung, während andere in § 99 Abs. 2 GWB aufgeführte Verkehrsunternehmen sowie z. B. Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Versorgungsunternehmen nur vom Kartellverbot, nicht aber vom Mißbrauchs- und Diskriminierungsverbot befreit sind.

IV Monopolprivatrecht

Die Teilnahme öffentlicher Unternehmen am Privatrechtsverkehr und ihr Verhältnis zu privaten Dritten wird wie die Teilnahme entsprechender privater Unternehmen im wesentlichen nur durch das Energiewirtschaftsrecht, mit Einschränkungen auch durch das Personenbeförderungsrecht und praktisch überhaupt nicht durch das Wettbewerbsrecht in einer öffentlich-rechtlichen Grundsätzen entsprechenden Weise geregelt. Eine am öffentlichen Interesse orientierte Ausgestaltung der privatrechtlichen Beziehungen zwischen öffentlichen Unternehmen und ihren Vertragspartnern kann in den nicht oder nicht abschließend geregelten Tätigkeitsbereichen allenfalls noch durch die allgemeinen Grundsätze des Monopolprivatrechts bewirkt werden.

Ausgehend von der Feststellung, daß die Versorgung der Allgemeinheit mit lebenswichtigen Gütern durch ein einziges Unternehmen, das für ein bestimmtes Gebiet ein Monopol innehat, eine öffentliche Aufgabe sei, die im Interesse aller erfüllt werden müsse, nehmen Rechtsprechung¹⁾ und Lehre²⁾ für derartige Unternehmen eine allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht an. Der den sozialen Erfordernissen entsprechende Versorgungsanspruch des einzelnen besteht unmittelbar gegenüber den Unternehmen und kann vom Ver-

1) Vgl. insbesondere RGZ 132, S. 273; RGZ 133, S. 391.

2) Vgl. Larenz, Schuldrecht I, S. 37 ff.; Soergel-Schmidt, Anm. 22 vor § 305.

sorgungsberechtigten auf dem Klageweg durchgesetzt werden ¹⁾. Er ist darauf gerichtet, die Versorgungsleistungen zu allgemeinen und angemessenen Bedingungen zu erhalten ²⁾. Ob diese Bedingungen darüber hinaus auch für alle Leistungsabnehmer gleich sein müssen oder ob die Monopolunternehmen für verschiedene Abnehmergruppen verschiedene Bedingungen aufstellen dürfen, ist dabei nicht eindeutig geklärt. Larenz ³⁾ unterstellt alle Versorgungsunternehmen mit Monopolstellung unmittelbar dem Art. 3 GG, weil nach seiner Ansicht die Abschlußpflicht dieser Unternehmen untrennbar mit der Forderung verbunden ist, unter den dadurch Begünstigten keine sachlich unbegründeten, "willkürlichen" Differenzierungen vorzunehmen, da dies der "guten Ordnung" der Gemeinschaft widersprechen würde. Eine solche unmittelbare Anwendung des Art. 3 GG auf die Gestaltung der Vertragsbedingungen von Versorgungsunternehmen mit Monopolstellung kann dogmatisch allerdings nur mit einem materiell "öffentlichen" Charakter der Versorgungstätigkeit oder aber mit einer Drittwirkung der Grundrechte begründet werden. Eine solche Wirkung der Grundrechte wird von der h. M. aber nach wie vor abgelehnt ⁴⁾. Über diese dogmatischen Bedenken hinaus dürfte auch die Ausgangsforderung von Larenz den Grundgedanken des Monopolprivatrechts überziehen. Das Monopolprivatrecht mit Versorgungspflicht und Kontrahierungszwang wurde entwickelt, um eine Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern zu angemessenen Bedingungen auch dort zu gewährleisten, wo ein Wettbewerb aufgrund der Leistungsart nicht entstehen und eine Versorgung auf anderem Wege nicht garantiert werden konnte. Ein Gleichbehandlungsgebot aller Abnehmer bzw. Abnehmergruppen als Ausdrucksform allgemeiner materieller Gerechtigkeit ⁵⁾ wird durch die Versorgungsverpflichtung dagegen nicht zwangsläufig begründet.

1) Larenz, Schuldrecht I, S. 37.

2) Vgl. RGZ 133 S. 391.

3) Schuldrecht I, S. 37 f. und S. 52.

4) Vgl. von Mangoldt-Klein I, Vorbem. A II 4 a; Art. 19 Bem. V 7 c; Art. 3 Bem. IV 9.

5) Vgl. Larenz, a.a.O. S. 52.

Parallel zu den Grundsätzen der Tarifgerechtigkeit¹⁾ bei tariflich gebundenen Versorgungsleistungen wird man zwar grundsätzlich sagen müssen, daß die angemessenen Bedingungen des Leistungsangebotes nicht nur einen sachlichen Bezug von Leistung und Gegenleistung zu wahren haben, sondern unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsverhältnisses der Benutzer bzw. Abnehmer auch von einer auf die Sache bezogenen gleichberechtigten Behandlung der Beteiligten ausgehen müssen. Die gleichberechtigte Behandlung der Vertragspartner bezieht sich aber nur auf die jeweils erbrachte Leistung, d. h. für die gleiche Leistung dürfen nicht willkürlich verschiedene Gegenleistungen verlangt werden²⁾. Auch dürfen für die Definition dessen, was die Leistung jeweils ausmacht, keine sachfremden Kriterien herangezogen werden. Wird dieser sachliche Bezug zur Leistung aus sozialen Erwägungen, d. h. bewußt, aber nicht willkürlich, aufgegeben und schlägt die Preisgestaltung in eine Subventionierung um, wird sie also personenorientiert, so hört die Wirkung des monopolprivatrechtlichen Grundsatzes des leistungsgerechten Preises auf³⁾. Wer auf diese Weise subventioniert und wer wem gegenüber bevorzugt werden darf, kann mit Hilfe dieses Grundsatzes nicht mehr entschieden werden. Da das Monopolprivatrecht bisher die personenbezogene Ungleichbehandlung aus sozialen Erwägungen mit dem sachbezogenen Gebot der grundsätzlich gleichen Behandlung gleicher Leistungen nicht verhindern konnte⁴⁾, hört die Wirkung des sachbezogenen Gleichbehandlungsgebotes auf. Gerade im Bereich der Daseinsvorsorge stellt die nicht kostendeckende Versorgungsleistung und die Preisstaffelung

1) Vgl. dazu insbesondere Ballerstedt, Tarifgerechtigkeit, S. 311 ff. (S. 326).

2) Vgl. Württ. VGH DÖV 1952 S. 184 ff. über die Zulässigkeit verschiedener Wasserpreise für Tal- und Höhenbewohner.

3) Zur unterschiedlichen Behandlung betrieblicher und außerbetrieblicher, auf sozialen Erwägungen beruhender Differenzierungen bei der Tarifgestaltung vgl. auch Püttner, Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 132 ff.

4) Vgl. dazu die Beispiele bei Ballerstedt, a.a.O. S. 326 ff. Nach seiner Auffassung ist eine Subventionierung durch Tarifgestaltung dann problematisch, wenn sie zu Lasten anderer Teilnehmer geht, d. h. diese sie durch höhere Tarife finanzieren müssen.

ein häufiges Mittel zur Subventionierung sozial schwacher Bevölkerungskreise dar.

Die Gleichbehandlung in der Subventionierung bedeutet im heutigen Leistungsstaat eines der Hauptprobleme bei der Anwendung des Art. 3 GG ¹⁾. Das Monopolprivatrecht würde, abgesehen von den bereits erwähnten dogmatischen Bedenken, überlastet, wollte man alle bei der Subventionierung auftretenden Probleme des Art. 3 GG in seinen Anwendungsbereich mit einbeziehen. Das Monopolprivatrecht kann - seiner ursprünglichen Bedeutung entsprechend - nur bewirken, daß der Versorgungsanspruch aller Interessenten zu angemessenen Bedingungen erfüllt wird. Ein Gestaltungsmittel des Subventionsrechts ist es dagegen nicht. Ähnlich wie das gesetzlich geregelte Mißbrauchs- und Diskriminierungsverbot des Wettbewerbsrechts werden durch die monopolprivatrechtlichen Grundsätze nur diskriminierende Verweigerungen der Versorgungsleistung und unangemessen hohe Preise für ihre Gewährung verhindert. Eine über den bloßen Leistungsaustausch hinausgehende subventionsartige Begünstigung einzelner Gruppierungen kann mit Hilfe des Monopolprivatrechts weder angefochten werden noch können andere Gruppen daraus einen Anspruch auf gleich günstige Leistungen herleiten ²⁾.

Das sachbezogene monopolprivatrechtliche Gleichbehandlungsgebot vermag z. B. keine Antwort auf die personenbezogene Frage zu geben, ob die Schüler allgemeinbildender Ergänzungsschulen gegenüber den Schülern berufsbildender Ergänzungsschulen bei der Preisgestaltung bevorzugt werden dürfen ³⁾, ob Waisenkinder

1) Vgl. dazu Ipsen, Subventionierung Privater; Kreussler, Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber ... sowie Rüfner, Formen, S. 408 ff., und Unkelbach, Grundrechtliche Bindungen, S. 74 ff.

2) A. A. Rüfner, S. 403 f.

3) Vgl. BGH NJW 1969, S. 2195 f. Der BGH prüft diese Frage unmittelbar an Art. 3 GG, eine Anwendung des Monopolprivatrechts wird von ihm gar nicht erst in Betracht gezogen. Aber Forts. s. S. 185.

einen Anspruch darauf haben, genauso behandelt zu werden wie Witwen¹⁾ oder ob bei einer Subventionierung von Winzergenossenschaften auch die Weinhandelsunternehmen gefördert werden müssen²⁾. Die Frage der Gleichbehandlung in der Subventionierung bleibt allein ein Problem des Art. 3 GG. Lehnt man eine Drittwirkung der Grundrechte ab, was hier im Anschluß an die h. M. geschehen soll, so kommt es für die personenbezogene Gleichbehandlung im Bereich der Versorgung mit lebenswichtigen Gütern durch Monopolunternehmen entscheidend auf die Frage an, welche Unternehmen bei ihrer an sozialen Erwägungen orientierten Gestaltung der Leistungstarife an Art. 3 GG gebunden sind. Inwieweit Aktiengesellschaften mit staatlicher Kapitalbeteiligung davon betroffen sind, wird im einzelnen später noch untersucht werden. Hier kann jedoch festgehalten werden, daß jedenfalls die Regelungen des Monopolprivatrechts eine solche Untersuchung nicht überflüssig machen. Der Anwendungsbereich des Art. 3 GG geht weiter. Die Möglichkeit der Grundrechtsanwendung im Verhältnis staatlich beherrschter Unternehmen zu ihren Abnehmern bedarf daher einer gesonderten Betrachtung.

D Die Grenzen der privatrechtlichen Erfassung des Problems

Die AG nimmt als juristische Person des Privatrechts am Privatrechtsverkehr teil und ist dabei der Privatrechtsordnung unterstellt. Daran ändert sich auch grundsätzlich nichts, wenn der Staat als Aktionär maßgeblich an der Gesellschaft beteiligt ist oder diese gar vollständig beherrscht. Die mit einer staatlichen Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften verbundenen besonderen Probleme vermag das Privatrecht allein allerdings nicht zu lösen.

3) Forts. von S. 184:

auch dort, wo der BGH die Monopolstellung eines öffentlichen Unternehmens ausdrücklich hervorhebt, wendet er nicht Monopolprivatrecht, sondern öffentliches Recht an; vgl. BGH, Der Betrieb 1969, S. 1790 f. zur Pflicht eines privatrechtlichen Flughafenunternehmens, einem Luftfahrtunternehmen das Starten und Landen zu gestatten.

1) Vgl. BVerfG NJW 1968, S. 539.

2) Vgl. BVerwG NJW 1969, S. 522.

Emmerich hat in seiner bereits mehrfach erwähnten ausführlichen Behandlung des "Wirtschaftsrechts der öffentlichen Unternehmen" insbesondere den Nachweis zu erbringen versucht, daß das Privatrecht ausreiche, die Macht des unternehmerisch tätigen Staates zu zügeln und zu kontrollieren. Einer Fiskalgeltung der Grundrechte bedürfe es dazu ebensowenig wie sonstiger öffentlicher Durchbrechungen des Privatrechts ¹⁾. Emmerich ist zwar zuzugeben, daß aufgrund vielfacher privatrechtlicher Regelungen die staatliche Machtentfaltung in privater Form nicht unkontrolliert und zügellos bleibt und insofern kein Anlaß besteht, vorzeitig vor der Ordnungskraft des Privatrechts in diesem Bereich zu resignieren und zur Lösung der aufgeworfenen Fragen sich ausschließlich öffentlich-rechtlicher Mittel zu bedienen. Nicht zugestimmt werden kann aber seiner Ansicht, daß das Privatrecht ausreicht, alle mit der privatrechtlichen unternehmerischen Tätigkeit des Staates verbundenen Probleme zu lösen ²⁾. Dies ist bei den vorangegangenen Ausführungen über das Personenbeförderungsgesetz, das Wettbewerbs- und das Monopolprivatrecht bereits daran deutlich geworden, daß die in vertraglichen Beziehungen mit öffentlichen Unternehmen stehenden Dritten als Bezieher lebenswichtiger Versorgungsleistungen nicht den gleichen Anspruch auf Gleichbehandlung untereinander haben, wie er ihnen bei einer Anwendung des Art. 3 GG zustehen würde. Die begrenzte Möglichkeit des Privatrechts sei darüber hinaus noch an folgenden Fragestellungen verdeutlicht:

Die Gleichbehandlungspflicht des öffentlichen Rechts findet im Privatrecht nur dort eine Parallele, wo Monopolverhältnisse bestehen. Die Verpflichtung des Staates, aus Art. 3 GG bzw. der daraus resultierende Anspruch des Bürgers gegenüber dem Staat bestehen grundsätzlich unabhängig von solchen Monopolverhält-

1) A.a.O. S. 253 und besonders S. 349.

2) Vgl. dazu auch die Besprechung seines Buches durch Schmidt, NJW 1971, S. 1737; kritisch auch Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 II, S. 107.

nissen. Eine staatlich beeinflusste, nicht marktbeherrschende AG ist nach den Grundsätzen des Monopolprivatrechts nicht zur Gleichbehandlung ihrer Abnehmer oder Benutzer gezwungen. Ist sie damit von der Gleichbehandlungspflicht grundsätzlich befreit oder greift hier Art. 3 GG ein? Ein rein privates Unternehmen ist auch auf der Beschaffungsseite ungebunden, d. h. es kann seine Produkte von überallher frei beziehen. Hat das öffentliche Unternehmen bei der Beschaffung des Unternehmensbedarfs dagegen alle Angebote gleichberechtigt zu behandeln ¹⁾? Besonders problematisch wird diese Frage, wenn die Beschaffung nach Subventionsgesichtspunkten erfolgt und die Angebote aus bestimmten Gebieten oder von bestimmten Betrieben aufgrund sozial- oder strukturpolitischen Erwägungen den Zuschlag bekommen.

Eine privatrechtlich nicht mehr begründbare Bedeutung kann das Gleichbehandlungsgebot darüber hinaus dort bekommen, wo das Unternehmen entweder atypische Leistungen außerhalb fester Leistungsverhältnisse erbringt oder aber die Pflicht zur Gleichbehandlung eng mit besonderen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen verbunden ist. Ob eine staatlich beherrschte AG willkürlich Spenden verteilen darf oder z. B. bei Zuwendungen an politische Parteien nach § 25 ParteiG alle Parteien gleich zu bedenken hat, kann privatrechtlich nicht beantwortet werden. § 5 ParteiG als Konkretisierung des Art. 3 GG verpflichtet die Träger öffentlicher Gewalt, ihre Einrichtungen allen Parteien gleichberechtigt zur Verfügung zu stellen. Ist diese Privatpersonen nicht treffende Verpflichtung auch auf staatlich beherrschte Aktiengesellschaften anzuwenden? Die gleiche Frage stellt sich nach den Gemeindeordnungen für die gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen ²⁾. Hat also eine gemeindeeigene "Stadthallen AG" die von ihr

1) Vgl. dazu Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 184.

2) Z. B. nach § 18 GO NRW; vgl. dazu z. B. für städtische Theater OVG Münster, NJW 1969 S. 1077 sowie VGH München NJW 1969 S. 1078.

verwaltete Stadthalle allen Parteien für deren Veranstaltungen gleichmäßig zur Verfügung zu stellen¹⁾?

Die Frage der Anwendung öffentlich-rechtlicher Grundsätze auf das Verhalten staatlich beeinflusster Unternehmen beschränkt sich keineswegs auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG und der ihm entsprechenden speziellen öffentlich-rechtlichen Normen. Auch andere Grundrechte und sonstige Vorschriften des Grundgesetzes werfen die gleiche Problematik auf. Das von Art. 21 GG aufgestellte Parteienprivileg verbietet z. B. die administrative Behinderung oder Diskriminierung der parteibezogenen Tätigkeit von Gründern, Funktionären, Förderern und Anhängern einer Partei²⁾. Die Verbindung einer Person mit einer nicht verbotenen Partei darf demzufolge allein kein Anknüpfungspunkt für ein bestimmtes Verhalten des Staates gegenüber dieser Person sein. Ob dieses Verbot auch für staatlich beherrschte juristische Personen gilt, kann nur nach öffentlich-rechtlichen Maßstäben und nicht privatrechtlich entschieden werden. Um den keineswegs erschöpften Beispielskatalog hier abzuschließen, sei als letztes die Frage aufgeworfen, ob z. B. eine staatlich getragene "AUSSTELLUNGS- und MESSEHALLEN AG"³⁾ beim Ausschluss eines Ausstellers von der weiteren Teilnahme an einer Messe die für Berufsbeschränkungen gültigen Maßstäbe des Art. 12 GG zu beachten hat⁴⁾.

1) Vgl. aus den zahlreichen Urteilen über die Zulassungsansprüche der Parteien nach § 5 ParteiG insbesondere OLG Hamburg MDR 1969, S. 677, das diesen Anspruch auch gegenüber einer von der Stadt betriebenen Kommanditgesellschaft gewährt; vgl. dazu auch Pappermann, JZ 1969 S. 485 ff.

2) Vgl. BVerfGE 5, S. 140; BVerfGE 13, S. 126 und BVerfGE 17, S. 166 ff.

3) Vgl. die DEUTSCHE MESSE- UND AUSSTELLUNGS-AG, Hannover, mit 20,65 % direkter und 27,9 % indirekter Beteiligung des Landes Niedersachsen über die NIEDERSACHSEN GmbH (81,2 % Kapitalanteil des Landes Niedersachsen, nach Öffentliche Unternehmen, S. 118.

4) Vgl. dazu Pattner, Öffentliche Unternehmen, S. 179; ähnlich für die berufsschädigenden Start- und Landverbote durch eine Flughafengesellschaft BGH Der Betrieb 1969, S. 1790 (1791). Zu Art. 12 GG als Prüfungsmaßstab bei der Verweigerung der Zulassung zu bestimmten Tätigkeiten vgl. BGH JZ 1962, S. 176.

Die hier aufgeführten Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, daß mit privatrechtlichen Mitteln allein das privatrechtliche Handeln des Staates nicht in der gleichen Weise gebunden werden kann, wie dies nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen nötig und möglich ist. Will man verhindern, daß der Staat sich allein durch die Wahl privatrechtlicher Gestaltungsmittel öffentlich-rechtlichen Bindungen entzieht, so muß man diese Bindungen so weit als möglich auch auf den in privater Gestalt auftretenden Staat zur Anwendung bringen. Ob und inwieweit dies bei Aktiengesellschaften mit staatlicher Kapitalbeteiligung möglich ist, soll im folgenden untersucht werden.

§ 8 Das Handeln der AG als Ausübung öffentlicher Verwaltung

Da Private im Privatrechtsverkehr nach h. M. grundsätzlich nicht den besonderen Bindungen des staatlichen Verwaltungshandelns unterworfen sind ¹⁾ und es eine öffentlich-rechtliche Bindung im Privatrechtsverkehr somit nur bei der privatrechtlichen Ausübung öffentlicher Verwaltung geben kann ²⁾, setzt die Bindung einer AG mit staatlicher Kapitalbeteiligung an die Grundsätze des öffentlichen Rechts einen Bezug der AG zur öffentlichen Verwaltung voraus. Eine solche Bezugnahme auf die öffentliche Verwaltung erfordert eine klare Definition dessen, was unter "öffentlicher Verwaltung" zu verstehen ist.

A Zum Begriff der "öffentlichen Verwaltung"

Trotz seiner großen Bedeutung für die Abgrenzung des Öffentlichen

-
- 1) Vgl. z. B. zur Ablehnung einer "Drittwirkung" von Grundrechten BVerfGE 7, S. 198 (204); Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 Rdnrn. 127-133, sowie Wolff, VWR I, § 33 V a 2, jeweils mit weiteren Hinweisen.
 - 2) Zur öffentlich-rechtlichen Bindung des privatrechtlichen Verwaltungshandelns (Verwaltungsprivatrecht) vgl. Wolff, VWR I, § 23 II b mit weiteren Hinweisen, sowie insbesondere zur "Fiskalgeltung" der Grundrechte BGHZ 29, S. 79 f.; 33, S. 233, 36, S. 95 ff.; BGH NJW 1969, S. 2195 ff. mit weiteren Hinweisen.

vom Privaten sowie für die Anwendbarkeit bestimmter Normen und Grundsätze und für die Entscheidung über den richtigen Rechtsweg ist es Lehre und Rechtsprechung bisher nicht gelungen, den Begriff der öffentlichen Verwaltung allgemein anerkannt zu klären ¹⁾. Eine solche abschließende Klärung ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit ebenfalls nicht möglich. Hier kann nur der Frage nachgegangen werden, welche Konsequenzen sich für das Verhältnis einer staatlich beeinflussten AG zur öffentlichen Verwaltung ergeben, wenn man einen bestimmten Verwaltungsbegriff zugrunde legt.

I Die ausschließlich materielle Bestimmung der öffentlichen Verwaltung

Ein Teil der Literatur versucht, den Begriff der öffentlichen Verwaltung ausschließlich materiell oder funktionell zu bestimmen, indem sie von einer bestimmten "öffentlichen Aufgabe" oder der Tätigkeit in einem bestimmten "öffentlichen Interesse" auf das Vorliegen einer öffentlichen Verwaltungstätigkeit schließt ²⁾. Eine solche ausschließlich funktionelle Bestimmung der öffentlichen Verwaltung wird von der h. M. als praktisch undurchführbar und gefährlich abgelehnt. Sie setzt voraus, daß klar bestimmt werden kann, was "öffentliche Aufgaben" sind und was das "öffentliche Interesse" ausmacht. Dies hat sich bisher jedoch als nicht möglich erwiesen. Es fehlt sowohl an einer "Staatsaufgabenlehre" ³⁾ als auch an einer einheitlichen Behandlung des "öffentlichen Interesses" ⁴⁾. Die Gefahr einer solchen, ausschließlich funktionsbezogenen Bestimmung der öffentlichen Verwaltung besteht in der dadurch bewirkten Verflechtung von Staat und Gesellschaft mit der Folge einer Bindung der Gesellschaft an öffentlich-rechtliche

1) Vgl. hierzu die Referate und Diskussionsbeiträge VVDStRL 29 S. 137.

2) Vgl. hierzu List, Energierecht, S. 21 ff.; so wohl auch Bachof, VVDStRL 29, S. 249 ff., und Götz, a.a.O. S. 261 in ihren Diskussionsbeiträgen.

Vgl. auch die weiteren Hinweise bei Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 62, und bei Brohm, Strukturen, S. 136.

3) Ossenbühl, VVDStRL 29, S. 275.

4) Vgl. dazu die Habilitationsschrift von Häberle: "Öffentliches Interesse als juristisches Problem".

Grundsätze ¹⁾. Wird Verwaltung nur funktionell bestimmt, muß konsequenterweise auch die sonst private Tätigkeit der Gesellschaft, an der ein "öffentliches Interesse" besteht, an die Grundsätze des Verwaltungsrechts gebunden werden. Eine solche, mit Hilfe dieses sehr dehnbaren Begriffes jederzeit erweiterungsfähige öffentlich-rechtliche Bindung der Gesellschaft dürfte sehr schnell dazu führen, daß "für die Freiheit die Lichter ausgehen" ²⁾.

II Die formell-organisatorische und zugleich materielle Bestimmung der öffentlichen Verwaltung

Diese Gefahr einer freiheitsbeschränkenden funktionellen Bestimmung der öffentlichen Verwaltungstätigkeit wird vermieden, wenn man den Bereich der öffentlichen Verwaltung formell organisatorisch unter Bezugnahme auf den Staat bestimmt und unter Verwaltung grundsätzlich nur ein staatliches Handeln versteht. Öffentliche Verwaltung ist danach zunächst einmal Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke ³⁾ bzw. die Erfüllung von staatlichen im Gegensatz zu nur öffentlichen, d. h. allgemein im öffentlichen Interesse erfüllenden Aufgaben ⁴⁾. Staatliche Aufgaben können nicht aus sich heraus definiert, sondern nur unter Bezug auf "eine konkrete raumzeitliche Staatsordnung" bestimmt werden ⁵⁾. Aufgrund der inneren Souveränität des Staates, sich selbst Aufgaben zu stellen und zu erfüllen ⁶⁾, muß der Aufgabenbereich des Staates notwendigerweise als offen angesehen werden ⁷⁾. Begrenzt wird

1) Auf die Gefahren einer so bewirkten Verflechtung von Staat und Gesellschaft machen insbesondere Klein, Teilnahme, S. 25, und Peters, Festschrift für Nipperdey, S. 879 ff., aufmerksam.

2) Ossenbühl, VVDStRL 29 S. 274 und Dürig, a.a.O. S. 127.

3) Vgl. Wolff, VWR I, § 1 I; Forsthoff, VWR, S. 2.

4) Zur Unterscheidung von nur "öffentlichen" und den "staatlichen" Aufgaben vgl. insbesondere Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Festschrift für Nipperdey, S. 155 ff.; Klein, DÖV 1965, S. 755 ff., sowie BVerfGE 12, S. 243.

5) Rupp, Privateigentum an Staatsfunktionen?, S. 16.

6) Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 153.

7) Klein, DÖV 1965, S. 758, und Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 131.

dieses Recht des Staates zur Selbstbestimmung seiner Aufgaben nur durch die Verfassung, speziell durch die Grundrechte. Staatliche Aufgaben sind danach solche, die der Staat nach der jeweils geltenden Verfassungsordnung zulässigerweise für sich in Anspruch nimmt¹⁾. Nur die Erfüllung so definierter staatlicher Aufgaben kann öffentliche Verwaltung sein²⁾. Bezugspunkt jeglicher öffentlicher Verwaltung ist somit der Staat. Erfüllt er die von ihm in Anspruch genommene staatliche Aufgabe selbst durch dazu geschaffene Organe³⁾, so wird er damit zum Träger der übernommenen Verwaltungstätigkeit. Die Erfüllung der staatlichen Aufgabe wird damit zur "unmittelbaren Staatsverwaltung".

Eine solche formell-organisatorische Definition öffentlicher Verwaltung muß konsequenterweise jedes staatliche Handeln als Verwaltungshandeln auffassen und den dafür gültigen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterwerfen. Einen privatrechtlich agierenden, von öffentlich-rechtlichen Bindungen freien "Fiskus" kann es nach dieser Definition nicht mehr geben.

Die h. M.⁴⁾ hält aber nach wie vor daran fest, daß dem Staat als Fiskus ein Bereich überlassen ist, in dem er privatrechtlich handelt und auch frei von öffentlich-rechtlichen Bindungen privatrechtlich behandelt wird. Die Begründung hierfür hat sich allerdings im Laufe der Zeit gewandelt. Zu Zeiten als die öffentlich-rechtlichen Bindungen des Verwaltungsrechts noch wenig entwickelt waren, wurde mit Hilfe der Fiskustheorie der privatrechtlich agierende Staat gegenüber dem obrigkeitlichen Staat als "Fiskus" mit

1) Ossenbühl, VVDStRL 29, S. 153, mit zahlreichen Hinweisen.

2) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 2 II b.

3) Zum Organbegriff vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, § 74 I 4.

4) So insbesondere die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht. Vgl. dazu z. B. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 II b, sowie BGHZ 52 S. 325; dagegen vor allem Mallmann und Zeidler in ihren Referaten über die "Schranken nichthoheitlicher Verwaltung", VVDStRL 19, S. 165 ff.

eigener privater Rechtspersönlichkeit ausgestattet¹⁾, um dem Bürger wenigstens in diesem Bereich einen sonst nicht gegebenen Rechtsschutz gegenüber dem Staat einzuräumen²⁾. Diese Begründung kann für heutige Verhältnisse keine Anwendung mehr finden. Die heute bestehenden umfangreichen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Bindungen des Staates verbunden mit einer effektiven Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit gewähren dem Bürger einen sehr viel größeren Rechtsschutz gegenüber staatlichem Handeln, als er nach privatrechtlichen Grundsätzen erreichbar wäre. Das öffentliche Recht hat das Fiskalrecht "überholt". Die Behandlung des Staates als "Fiskus" ist heute kein Mittel mehr, den Staat zu binden, sondern führt umgekehrt dazu, daß staatliches Handeln von weitergehenden öffentlich-rechtlichen Bindungen befreit wird.

Die Privilegierung und Freistellung des "fiskalischen" Handelns von öffentlich-rechtlichen Bindungen bedarf einer besonderen Rechtfertigung. Diese Rechtfertigung kann nicht in der Wahl einer bestimmten Handlungsform, also darin bestehen, daß sich der Staat zur Durchführung seiner Aufgaben privatrechtlicher Gestaltungsmittel bedient. Wenn sich der Staat im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit weitgehend privatrechtlicher Mittel bedienen darf, und diese in weiten Bereichen mit den öffentlich-rechtlichen Handlungsformen austauschbar sind, kann die Wahl des Privatrechts allein keine Rechtfertigung für die rechtliche Privilegierung des privatrechtlichen staatlichen Handelns sein. Soll die Austauschbarkeit der staatlichen Handlungsformen für den Staat kein leichtes Mittel sein, sich seiner spezifischen öffentlich-rechtlichen Bindungen zu entledigen, so muß er grundsätzlich auch dann öffentlich-rechtlich gebunden bleiben, wenn er sich zur Durchführung seiner Verwaltungsaufgaben privatrechtlicher Mittel bedient³⁾. Die privatrechtli-

1) Zur historischen Entwicklung vgl. Zeidler, VVDStRL 19, S. 221.

2) Vgl. Rüfner, Formen, S. 359; vgl. auch Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 29, jeweils mit weiteren Hinweisen.

3) BGHZ 29 S. 76 ff.; vgl. auch BVerfGE 10 S. 89 ff. (S. 102); BGHZ 33 S. 233; BGHZ 36, S. 95 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 II, sowie Hesse, Lehrbuch, § 11 II.

che Handlungsform kann somit allein kein Kriterium für die Privilegierung des Fiskus sein.

Wenn das privatrechtliche im Gegensatz zum öffentlich-rechtlichen Handeln kein Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung sein kann, können für die Sonderbehandlung des Staates im Fiskalbereich somit nur funktionelle Gesichtspunkte maßgebend sein. Damit scheint man wieder bei der bereits oben ¹⁾ abgelehnten materiellen Bestimmung der öffentlichen Verwaltung angelangt, d. h. im Ergebnis nicht weitergekommen zu sein. Auch dort, wo staatliches Handeln vorliegt, läßt sich nicht eindeutig bestimmen, ob der Staat hier im konkreten Fall eine "öffentliche Aufgabe" wahrnimmt, einen "öffentlichen Zweck" erfüllt oder im "öffentlichen Interesse" handelt. Praktisch wird diese Schwierigkeit insbesondere für die Daseinsvorsorge, vor allem dann, wenn sie mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates verbunden ist. Wegen der Schwierigkeit, aus so weitgefaßten Begriffen konkrete Rechtsfolgen abzuleiten, lehnen es z. B. Maunz ²⁾, Fischerhof ³⁾ und Emmerich ⁴⁾ ab, eine bestimmte Handlungsweise des Staates, vor allem die Daseinsvorsorge wegen ihres materiellen Gehaltes als öffentliche Verwaltung anzuerkennen. Dieses Ergebnis ist konsequent und scheint voll mit den Gründen übereinzustimmen, die bereits oben ⁵⁾ zur Ablehnung einer materiell-funktionellen Bestimmung der öffentlichen Verwaltung angeführt wurden. Bei genauerer Betrachtung lassen sich jedoch zwei bedeutsame Unterschiede feststellen. Das Abstellen auf materielle Gesichtspunkte bei der Definition öffentlicher Verwaltung führt hier nicht zu der freiheitsgefährdenden Gleichsetzung von Staat und Gesellschaft, da zuvor aufgrund der formell-organisatorischen Abgrenzung öffentlicher Verwaltungstätigkeit bereits alles nicht-staatliches Handeln aus der Betrachtung ausgeschieden wurde. Das funktionell-materielle Kriterium dient hier

1) Vgl. oben I.

2) VerwArch 50 S. 315.

3) DÖV 1957 S. 305; DÖV 1960 S. 41.

4) JUS 1970 S. 335.

5) Vgl. oben I.

ausschließlich zur Abgrenzung des staatlichen Verwaltungshandelns vom staatlichen Nicht-Verwaltungshandeln. Die zweite Besonderheit liegt darin, daß hier - anders als bei der ausschließlich materiellen Bestimmung der öffentlichen Verwaltung - der materielle Verwaltungsbegriff letztlich nicht positiv anhand fragwürdiger Kriterien wie "öffentlicher Aufgabe" und "öffentlichem Zweck" oder "öffentlichem Interesse" bestimmt zu werden braucht. Geht man nämlich von dem Grundsatz aus, daß jedes formell-organisatorische staatliche Handeln grundsätzlich auch materielles Verwaltungshandeln ist und nur besonders privilegiertes Fiskalhandeln als staatliches Nicht-Verwaltungshandeln von diesem Grundsatz ausgenommen werden soll, so müssen die privilegierten Fiskalhandlungen und die Privilegierungsgründe als Ausnahmeregelungen, nicht aber das materielle Verwaltungshandeln positiv hervorgehoben werden. Geht man von dem Grundsatz aus, daß alles staatliches Handeln materielles Verwaltungshandeln ist, und verlangt man für eine privilegierende Ausnahme von diesem Grundsatz eine positive Definition, so wird man feststellen, daß viele dogmatische Schlachten, mit ihrem von Ossenbühl ¹⁾ beklagtem Abgleiten der juristischen Argumentation in "weltanschauliches Raisonement" bzw. in "phraseologische oder apodiktische" Formen, sich als überflüssig herausstellen.

Untersucht man die Gründe, die für eine Sonderbehandlung bestimmter staatlicher Nicht-Verwaltungstätigkeiten angeführt werden und die Privilegierung des fiskalischen staatlichen Handelns rechtfertigen sollen, so zeigt sich, daß diese nicht dogmatischen, sondern rein praktischen, d. h. Zweckmäßigkeitserwägungen folgen ²⁾. Die vorwiegend nicht der öffentlichen Verwaltung zugerechnete "erwerbswirtschaftliche Betätigung" des Staates erscheint z. B. praktisch unmöglich, wollte man den wirtschaftenden Staat an den Gleichheitssatz oder andere öffentlich-rechtliche

1) VVDStRL 29 S. 152.

2) So ausdrücklich Wertenbruch, JUS 1961, S. 108.

Grundsätze binden¹⁾. Das gleiche wird regelmäßig auch für die sog. "fiskalischen Hilfsgeschäfte" angenommen.

Sowie Zweckmäßigkeitserwägungen als Unterscheidungskriterium dienen, wird dogmatischen Überlegungen weitgehend der Boden entzogen. Dogmatische Begründungen können auf Zweckmäßigkeitserwägungen basierende Entscheidungen nicht rechtfertigen und tragen regelmäßig mehr dazu bei, das eigentliche Kriterium zu verklären denn zu erhellen. Dies trifft auch für das von Wolff zur Unterscheidung des fiskalischen Nicht-Verwaltungshandelns vom staatlichen Verwaltungshandeln entwickelte "Verwaltungsprivatrecht"²⁾ zu, das von Rechtsprechung³⁾ und h. M.⁴⁾ übernommen wurde. Eine Unterscheidung des fiskalischen Handelns vom Verwaltungsprivatrecht je nachdem, ob "mittelbar" öffentliche Zwecke oder "unmittelbar" öffentliche Zwecke verfolgt werden⁵⁾, erscheint theoretisch zwar möglich, eine praktische Abgrenzung im Einzelfall bereitet jedoch erhebliche Schwierigkeiten. Im übrigen fehlt eine dogmatische Begründung dafür, wieso es auf die Unmittelbarkeit als Kriterium überhaupt ankommt.

1) Vgl. dazu Emmerich, JUS 1970 S. 334. Ebenso Zeidler, VVDStRL 19 S. 232. Zweckmäßigkeitserwägungen klingen auch bei Rübner, Formen, S. 401, an, wenn er davon spricht, daß die Abgrenzungen des Verwaltungsprivatrechts ihre "tiefere Rechtfertigung darin findet, daß es der Verwaltung trotz Bindung an die Grundprinzipien des öffentlichen Rechts möglich bleiben muß, ihre Ziele im Interesse des Allgemeinwohls tatkräftig zu verfolgen"; vgl. auch Evers NJW 1960 S. 2073. Nach Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 25, bedient sich der Staat des Privatrechts, um "beweglich" zu sein.

2) Verwaltungsrecht I, § 23 II 2 b.

3) Vgl. BVerwGE 7 S. 181; BVerwG DVBl 1971 S. 111; BGH DVBl 1962 S. 298; BGHZ 52 S. 325 und BGH Der Betrieb 1969 S. 1791.

4) Siebert, Festschrift für Niedermeyer 1953, S. 220 ff.; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 248 ff.; Schaumann, JUS 1961, S. 110; Wertenbruch JUS 1961, S. 104 ff., und Brohm, Strukturen, S. 149 ff. mit weiteren Hinweisen.

5) Eine ausführliche Behandlung dieser verschiedenen "öffentlichen Zwecke" befindet sich bei Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 108 ff., mit weiteren Hinweisen.

Der Wirklichkeit näher dürfte man kommen, wenn man auf diese dogmatischen Begründungen verzicht et und wieder auf die ursprünglichen Gründe einer materiellen Differenzierung des staatlichen Handelns abstellt. Das waren und sind im Kern reine Zweckmäßigkeitserwägungen, mit dem Ziel, eine als unpraktisch empfundene öffentlich-rechtliche Bindung des Staates bei seinen "Hilfsgeschäften" und der "erwerbswirtschaftlichen Betätigung" zu vermeiden. Ob solche Zweckmäßigkeitserwägungen überhaupt zulässig sind, mag hier genauso dahingestellt bleiben wie die Frage, bei welchen Arten der staatlichen Tätigkeit solche Erwägungen dazu führen, daß diese als fiskalisches Nicht-Verwaltungshandeln oder aber als verwaltungsprivatrechtliches Handeln des Staates anzusehen sind. Offen bleiben kann hier, ob die vom Staat in privatrechtlicher Form erfolgenden Subventionierungen ¹⁾, die "Daseinsvorsorge" ²⁾, staatliche Bank- und Versicherungsgeschäfte ³⁾, die Vergabe öffentlicher Aufträge ⁴⁾, die "Befriedigung von Einzelinteressen" oder die "Befriedigung von Gemeinschaftsinteressen" ⁵⁾ als mittelbare oder unmittelbare öffentliche Zweckerfüllung zur rein fiskalischen Tätigkeit des Staates gehören oder privatrechtliches Verwaltungshandeln sind. Wie man diese Abgrenzungen im Einzelfall auch immer vornehmen mag, ein Verwaltungshandeln, d. h. eine Eingliederung dieser Tätigkeit in den Bereich der öffentlichen Verwaltung, ist in jedem Falle nur möglich, wenn sie staatliches Handeln ist. Neben der materiellen oder funktionellen, der tätigkeitsbezogenen Abgrenzung des Verwaltungshandelns vom Nicht-Verwaltungshandeln bedarf es zur Bestimmung des Verwaltungshandelns eines formell-organisatorischen Bezuges zum Staatlichen. Verwaltung ist Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke ⁶⁾.

1) Vgl. dazu Rüter, Formen, S. 408, und Unkelbach, Bindungen, S. 74 ff.

2) Vgl. BGHZ 52 S. 325; vgl. auch die Auseinandersetzung mit dieser Frage bei Menger-Erichsen, VerwArch Bd. 61 S. 380 ff.

3) Rüter, a.a.O. S. 405 mit weiteren Hinweisen.

4) Vgl. dazu BVerwG DVBl 1971, S. 111.

5) Vgl. dazu Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 121 ff.

6) Siehe S. 198.

Nach diesen Feststellungen kann eine AG nur dann in den Bereich öffentlicher Verwaltung eingegliedert werden, wenn sie sowohl formell-organisatorisch mit dem staatlichen Bereich verbunden ist und zugleich auch eine Tätigkeit wahrnimmt, die materiell als Verwaltungstätigkeit definiert werden kann. Im Hinblick auf den materiellen Teil einer möglichen Verwaltungstätigkeit von Aktiengesellschaften liegt hier keine Besonderheit vor. Was materiell zum Verwaltungshandeln zu zählen ist, bestimmt sich unabhängig vom jeweiligen Verwaltungsträger. Hier soll insoweit der h. M. gefolgt und entsprechend den Ergebnissen des Verwaltungsprivatrechts davon ausgegangen werden, daß die sog. "Hilfsgeschäfte" und die "erwerbswirtschaftliche Betätigung" fiskalisches Nicht-Verwaltungshandeln bedeuten, die Daseinsvorsorge dagegen dem materiellen Verwaltungshandeln zuzurechnen ist ¹⁾. Das hier interessierende Problem liegt in dem formell-organisatorischen Bereich der öffentlichen Verwaltung. Entscheidend ist die Frage, ob überhaupt und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen bei einer AG ein solcher Bezug zum Staatlichen erreicht werden kann. Wann ist z. B. eine AG, die nach h. M. Daseinsvorsorge, d. h. materielle Verwaltungstätigkeit betreibt, auch formell-organisatorisch soweit mit dem Staat verbunden, daß sie in den Bereich der öffentlichen Verwaltung einbezogen und ihr Handeln als staatliche Tätigkeit bezeichnet werden kann?

6) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 7; vgl. auch Wolff, Verwaltungsrecht I, § 2 II c. Die für die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung notwendige Kombination eines materiell-funktionellen Elementes mit einem formell-organisatorischen Bezug zum Staatlichen wird auch besonders hervorgehoben von Klein, Teilnahme, S. 90 f., und Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 107 f.; Brohm, Strukturen, S. 167; Terrahe, Die Beleihung, S. 122; Siedentopf, Grenzen und Bindungen, S. 49; Peters, Festschrift für Nipperdey, S. 880, sowie BVerfGE 12 S. 205 (S. 246, 290).

1) Vgl. dazu die Hinweise oben Fn. 3 und 4 auf S. 196; vgl. auch die Abgrenzung der gewerblichen Tätigkeit von der öffentlichen Verwaltungstätigkeit bei den Rundfunkanstalten durch das Bundesverfassungsgericht in NJW 1971 S. 1739.

B Die AG als Träger öffentlicher Verwaltung

Die Eingliederung einer AG in den Bereich der öffentlichen Verwaltung und die Charakterisierung ihrer Tätigkeit als Verwaltungshandeln kann nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht allein auf den jeweiligen materiellen Gehalt der Tätigkeit gestützt werden. Erforderlich ist zusätzlich ein formeller Bezug der AG zum Bereich des Staatlichen, der sie erst zum Träger öffentlicher Verwaltung macht.

Kraft seiner Organisationsgewalt hat der Staat die Möglichkeit, die von ihm in Anspruch genommene Aufgabe nicht selbst durch Organe in eigener Trägerschaft wahrzunehmen, sondern er kann auch andere Rechtssubjekte mit der Wahrnehmung der Aufgabe betrauen. Diese werden dann ihrerseits zu selbständigen Trägern öffentlicher Verwaltung und werden als solche unter dem Begriff der "mittelbaren Staatsverwaltung"¹⁾ zusammengefaßt.

Da eine AG selbst als staatliche Eigengesellschaft, d. h. auch bei 100 %iger staatlicher Beteiligung wegen ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit nicht staatliches Organ und damit auch nicht Bestandteil der "unmittelbaren Staatsverwaltung" ist, kann ihr Handeln allenfalls dann Ausübung öffentlicher Verwaltung sein, wenn ihr als Träger mittelbarer Staatsverwaltung eine staatliche Aufgabe zur Wahrnehmung übertragen ist.

I Allgemeines zu den Trägern mittelbarer Staatsverwaltung

1. Die Notwendigkeit eines organisatorischen Rechtsaktes zur Begründung der Verwaltungsträgerschaft

Nimmt der Staat eine staatliche Aufgabe nicht selbst als Träger unmittelbar wahr, sondern überläßt er die Wahrnehmung der staatli-

1) Wolff, Verwaltungsrecht, § 4 I b.

chen Aufgabe einem anderen Rechtssubjekt, so kann die Erfüllung der Aufgabe nur dann öffentliche Verwaltung sein, wenn das mit der Wahrnehmung betraute Rechtssubjekt eine Verbindung zur Staatsorganisation aufweist. Wenn die "öffentliche Verwaltung" als Erfüllung staatlicher Aufgaben definiert wird, staatliche Aufgaben aber dadurch gekennzeichnet sind, daß sie der Staat wahrnimmt, kann ein Rechtssubjekt nur dann Träger (mittelbarer) Staatsverwaltung sein, wenn es organisatorisch mit dem staatlichen Bereich verknüpft ist. Eine solche organisatorische Verknüpfung macht die mit der Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe betrauten rechtsfähigen Rechtssubjekte zu sog. Gliedern ¹⁾ der Staatsorganisation. Die Glieder der staatlichen Organisation nehmen Angelegenheiten des Staates in eigener rechtstechnischer Trägerschaft wahr. Ihnen ist die Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer ihnen fremden staatlichen Aufgabe übertragen. Die Übertragung einer solchen Wahrnehmungszuständigkeit erfolgt durch organisatorische Rechtssätze und sie ergänzende Rechtsakte ²⁾. Nur aufgrund einer solchen organisationsrechtlichen Wahrnehmungszuständigkeit kann ein Rechtssubjekt als Träger mittelbarer Staatsverwaltung eine staatliche Aufgabe erfüllen und damit öffentliche Verwaltung betreiben.

Entscheidend für die Begründung der nicht-unmittelbar staatlichen Verwaltungsträgerschaft ist somit der organisatorische Rechtsakt ³⁾. Dieser Rechtsakt muß öffentlich-rechtlicher Natur sein ⁴⁾. Der Staat kann zwar seine Angelegenheiten mit privatrechtlichen Mitteln wahrnehmen bzw. wahrnehmen lassen, die Definition des staatlichen Bereiches und seiner Glieder ist jedoch dem öffentlichen Recht vorbehalten.

1) Vgl. dazu insbesondere Wolff, Verwaltungsrecht I, § 4 I b, und Verwaltungsrecht II, § 72 I b; vgl. auch Terrahe, Belcuhung, S. 83 ff.

2) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 72 I c.

3) Vgl. Kötting, Öffentliche Verwaltung, S. 74; Gause, Indienststellung, S. 114; Gallwas, VVDStRL 29 S. 223 mit weiteren Hinweisen.

4) Vgl. Gause, a. a. O. S. 47.

2. Die Unterscheidung der Träger mittelbarer Staatsverwaltung nach der Art der ihnen übertragenen Kompetenzen

Für die Begründung der mittelbar-staatlichen Verwaltungsträgerschaft kommt es nicht darauf an, welche staatlichen Aufgaben der Verwaltungsträger mit welchen Mitteln wahrzunehmen hat. Dieser durch den organisatorischen Rechtsakt im Einzelfall genau bestimmte Gegenstand der Zuständigkeit, d. h. die Kompetenz ¹⁾, ist jedoch entscheidend für die rechtliche Stellung des jeweiligen Trägers mittelbarer Staatsverwaltung und bestimmt damit zugleich, welchen rechtlichen Regelungen die (Verwaltungs)Tätigkeit, d. h. die Kompetenzausübung des Verwaltungsträgers unterworfen ist.

Die übertragenen Kompetenzen können in mehrfacher Hinsicht unterschieden werden.

Der Staat kann dem Verwaltungsträger eine Aufgabe zur Wahrnehmung übertragen, die er zuvor durch die Verfassung oder ein Gesetz zur ausschließlich-staatlichen Angelegenheit erklärt hat. Er kann die übertragene Aufgabe aber ebenso als auch-staatliche bestimmen, die außer von Privaten als private auch vom Staat und seinen Gliedern als staatliche Angelegenheit wahrgenommen werden kann. Je nachdem, mit welchen Mitteln der Verwaltungsträger die so definierte und ihm zur Wahrnehmung übertragene staatliche Aufgabe zu erfüllen hat, kann weiter danach unterschieden werden, ob dem Wahrnehmungssubjekt ausschließlich staatliche oder nur private Befugnisse eingeräumt sind.

Aufgrund der von Wolff ²⁾ entwickelten und mittlerweile zur h. M. gewordenen modifizierten Subjektstheorie sind alle den Verwal-

1) Vgl. zu diesem Begriff im Gegensatz zur Zuständigkeit Wolff, Verwaltungsrecht II, § 72 I c. Zur Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen Kompetenzen und "öffentlichen Aufgaben" vgl. insbesondere Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 133.

2) Verwaltungsrecht I, § 22 II e.

tungsträgern übertragenen Kompetenzen, denen entweder eine ausschließlich-staatliche Angelegenheit oder aber eine ausschließlich staatliche Befugnis zugrunde liegt, als öffentlich-rechtlich zu bezeichnen ¹⁾. Öffentlich-rechtlich sind nach dieser Theorie alle diejenigen Pflichten, Rechte, Ansprüche und Rechtsverhältnisse, die sich aus einem Rechtssatz ergeben, der nicht jedermann verpflichtet und berechtigt, sondern notwendig nur einen Staat oder ein Subjekt verpflichtet oder berechtigt, das durch Staatsakt zur Wahrnehmung staatlicher Angelegenheiten verpflichtet ist. Die modifizierte Subjektstheorie bestätigt die bereits dargelegte Notwendigkeit ²⁾, daß zur Begründung einer Verwaltungsträgerschaft ein organisatorischer Rechtsakt erforderlich ist und es nicht - wie häufig behauptet - auf die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen ankommt ³⁾. Wenn das öffentliche Recht und mit ihm die öffentlich-rechtlichen Kompetenzen unter Bezug auf den Staat und ihm verpflichteter Subjekte bestimmt werden, so kann nicht umgekehrt mit der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen eine Verwaltungsträgerschaft begründet werden. Dies wäre ein Zirkelschluß und würde den von Wagner ⁴⁾ gegen die Subjektstheorie erhobenen Vorwurf der petitio principii rechtfertigen. Dieser Vorwurf ist jedoch unbegründet. Im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung steht der Staat als vorgegebene Größe fest. Die Subjektstheorie dient hier nicht dazu, den Staat als solchen zu definieren, sondern dazu, die öffentlich-rechtlichen von den privatrechtlichen Kompetenzen des Staates zu unterscheiden. Bei der mittelbaren Staatsverwaltung, wo der Bezugspunkt Staat nicht von

1) Vgl. dazu auch Terrahe, Beleihung, S. 37; anders dagegen Gause, Indienststellung, S. 44, der unter öffentlich-rechtlichen Kompetenzen die Angelegenheiten versteht, zu deren Wahrnehmung der Träger öffentlich-rechtlich verpflichtet ist. Das trifft jedoch nicht zu; Kompetenz umschreibt das, was der Verwaltungsträger wie wahrzunehmen hat, aber nicht, warum er es tut. Dies ist eine Frage der Zuständigkeit.

2) Vgl. oben Fn. 2 auf S. 200.

3) Dies wird vielfach bei den Theorien zum "beliehenen Unternehmen" angenommen; vgl. dazu noch unten II 2.

4) JZ 1968, S. 246.

vornherein vorgegeben ist, wird die Staatlichkeit dadurch hergestellt, daß das Subjekt durch gesonderten Staatsakt zum Verwaltungsträger bestimmt wird. Ein Rückschluß von der Kompetenz auf die Staatlichkeit findet also nicht statt. Durch den notwendigen Übertragungsakt wird ein Zirkelschluß somit vermieden.

Ein Verwaltungsträger nimmt also eine öffentlich-rechtliche Kompetenz des Staates wahr, wenn er eine ausschließlich staatliche Angelegenheit - unabhängig von den ihm dabei zur Verfügung gestellten Mitteln - zu erfüllen hat, oder aber, wenn er eine auch-staatliche Aufgabe mit ausschließlich staatlichen Befugnissen erledigt. Die so definierten öffentlich-rechtlichen Kompetenzen werden gewöhnlich weiter danach unterschieden, ob sie Dritten gegenüber das Recht zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum gewähren oder nicht. Im ersten Fall wird allgemein von "obrigkeitlicher", im zweiten dagegen von "schlicht-hoheitlicher" Kompetenzausübung gesprochen ¹⁾. Die auch-staatlichen Angelegenheiten, die der Verwaltungsträger mit auch-staatlichen Mitteln zu erfüllen hat, begründen dagegen nur die Zuständigkeit zur Wahrnehmung privatrechtlicher Kompetenzen des Staates ²⁾. Ist diese durch öffentlich-rechtlichen Rechtsakt übertragen, mit auch-staatlichen Mitteln zu erfüllende auch-staatliche Angelegenheit ihrem materiellen Gehalt nach öffentliche Verwaltung, so ist dem Träger mittelbarer Staatsverwaltung eine verwaltungsprivatrechtliche Kompetenz übertragen.

Eine weitere Möglichkeit, die Art der dem Verwaltungsträger zur Wahrnehmung übertragenen staatlichen Kompetenz zu unterscheiden, besteht in dem Grad der Abhängigkeit des Verwaltungsträgers von der eigentlichen Staatsorganisation. Dies wird durch die

1) Für die allgemeine Ansicht und Terminologie vgl. die ausführliche Darstellung bei Glaser, in Soergel, Kommentar zum BGB, § 839 Anm. 79 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

2) Vgl. auch Terrahe, Beleihung, S. 37.

klassische Aufgabenverteilung des Gemeinderechts besonders deutlich unterstrichen. Die Gemeinden haben staatliche Kompetenzen sowohl als Selbstverwaltungsaufgaben unter Rechtsaufsicht oder aber als übertragene Aufgaben unter Rechts- und Fachaufsicht wahrzunehmen¹⁾. In beiden Fällen sind die Gemeinden Träger öffentlicher Verwaltung. Auch hier bestätigt sich, daß nicht die Art der übertragenen Kompetenz, sondern allein die Begründung einer Wahrnehmungszuständigkeit ein Rechtssubjekt zu einem Träger öffentlicher Verwaltung macht. Die Tatsache, daß eine bestimmte Kompetenz ausgeübt wird, vermag eine Verwaltungsträgerschaft nicht zu begründen, sondern kann allenfalls als Indiz dafür dienen, daß eine solche Trägerschaft anderweitig begründet worden ist. Ein Rechtssubjekt kann also unabhängig davon Verwaltungsträger sein, ob es z. B. eine ausschließlich staatliche Angelegenheit mit privatrechtlichen Mitteln im eigenen Namen oder aber eine auch-staatliche Angelegenheit mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen in fremdem Namen wahrnimmt. Eine Verwaltungsträgerschaft ist somit auch im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung denkbar in den heute weitgehend anerkannten drei Verwaltungsformen, der obrigkeitlichen Verwaltung (Eingriffsverwaltung), der schlichten Hoheitsverwaltung sowie der nicht-hoheitlichen (privatrechtlich tätigen) öffentlichen Verwaltung²⁾. Begründet wird die Verwaltungsträgerschaft aber unabhängig von diesen Verwaltungsformen allein dadurch, daß einem Rechtssubjekt die Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer staatlichen Kompetenz öffentlich-rechtlich übertragen wird.

1) Vgl. dazu von Unruh, Gemeinderecht, S. 89; siehe auch Art. 50 und Art. 51 Abs. 2 der Verfassung von Berlin i. V. mit den §§ 7 und 8 des AZG von Berlin.

2) Zu der heute üblichen viergliedrigen Einteilung der Staatstätigkeit vgl. insbesondere Terpitz, DÖV 1969, S. 741, sowie Glaser, in Soergel, Kommentar zum BGB, § 839 Anm. 79 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen. Die vierte Tätigkeitsart der öffentlichen Hand, die erwerbswirtschaftliche fiskalische Tätigkeit, kann zwar auch selbständigen Rechtssubjekten zur Wahrnehmung übertragen werden, diese werden dadurch aber nicht zu Verwaltungsträgern, da die übertragene staatliche Aufgabe materiell nicht als Verwaltungstätigkeit verstanden wird. Vgl. dazu oben A.

Die Anwendung der bisher festgestellten Grundsätze zur Bestimmung einer Verwaltungsträgerschaft bereitet bei der mittelbaren Staatsverwaltung für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts keine Schwierigkeiten. Sowohl die Körperschaften als auch die Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts dienen schon von ihrer Definition her öffentlichen Zwecken. Ihre Existenz verdanken sie jeweils einem staatlichen Hoheitsakt ¹⁾. Unbeachtlich für die Verwaltungsträgerschaft der juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist es dagegen, ob sie die durch die Zwecksetzung umschriebene staatliche Angelegenheit hoheitlich oder privatrechtlich ²⁾ bzw. im eigenen Namen oder namens einer übergeordneten Staatlichkeit wahrnehmen ³⁾. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind Verwaltungsträger, weil sie aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Rechtsaktes staatliche Angelegenheiten wahrzunehmen haben.

II Private Träger öffentlicher Verwaltung

Überträgt man diesen Grundsatz auf die hier zu untersuchende Frage, ob und wann ein Privater, sei es als natürliche oder juristische Person, Verwaltungsträger und damit ein Glied der mittelbaren Staatsverwaltung werden kann, so scheinen sich auf den ersten Blick bei dieser relativ einfachen Definition ebenfalls keine größeren Schwierigkeiten zu ergeben. Danach wäre ein Privater dann Verwaltungsträger, wenn ihm durch öffentlich-rechtlichen

1) Vgl. dazu die Definitionen bei Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 457, sowie bei Wolff, Verwaltungsrecht II, §§ 84, 98 und 102.

2) Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind zwar in der Regel mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet; entgegen Forsthoff, S. 457, liegt darin jedoch kein Wesensmerkmal. Eine juristische Person des öffentlichen Rechts kann die ihr übertragene staatliche Angelegenheit auch mit privatrechtlichen Mitteln wahrnehmen, wie es z. B. bei den Anstalten die Regel ist. Vgl. dazu die Beispiele bei Wolff, Verwaltungsrecht II, § 99 V.

3) So sind die Gemeinden Körperschaften des öffentlichen Rechts, unabhängig davon, ob sie Selbstverwaltungs- oder übertragene Aufgaben wahrnehmen.

Rechtsakt die Wahrnehmung einer staatlichen Angelegenheit übertragen ist. Bei näherem Hinsehen erweist sich dieser Schein der relativen Problemlosigkeit jedoch als trügerisch. Es gibt kaum ein Problem des modernen Verwaltungsrechts, bei dem so zahlreiche Theorien angeboten und so viele Lösungen vertreten werden und bei dem ein so großer terminologischer Wirrwarr herrscht, wie bei der Einschaltung Privater in den Bereich öffentlicher Verwaltung. Als Beispiel hierfür sei der "beliehene Unternehmer" ¹⁾, die "öffentliche Indienststellung Privater" ²⁾, die "gesetzliche Indienstnahme Privater" ³⁾, die "Inanspruchnahme Privater" ⁴⁾, die "öffentliche Verwaltung durch Private" ⁵⁾ und die "öffentlichen Wirtschaftseinheiten in privater Hand" ⁶⁾ genannt. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer hat sich auf ihrer Jahrestagung im Jahre 1970 nach einleitenden Referaten von Ossenbühl und Gallwas über die "Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private" ebenfalls mit diesem Problemkreis befaßt, ohne dabei allerdings zu allgemein anerkannten Ergebnissen zu kommen ⁷⁾.

Ohne daß hier auf alle Einzelheiten dieser Problematik eingegangen werden kann, ist es für eine Darstellung der "Verwaltung mit Hilfe staatlich beeinflusster Aktiengesellschaften" unvermeidlich, die "Verwaltung durch Private" in ihren Grundzügen zu erörtern, um klarzustellen, unter welchen Voraussetzungen und Gegebenheiten die hier interessierende Frage beantwortet werden soll, und nicht zuletzt auch, um klarzustellen, welche Terminologie im einzelnen dazu verwendet wird.

1) Vgl. dazu die ausführlichen Erörterungen bei Terrahe, Die Beliehung; Michaelis, Der Beliehene, und Kopp, Der beliehene Unternehmer, DVBl 1970, S. 724, jeweils mit weiteren Hinweisen.

2) Gause, a.a.O.

3) Ipsen, in Festgabe für Erich Kaufmann, S. 141 ff.

4) BVerfGE 22, S. 380.

5) Steiner, DÖV 1970, S. 526 ff.

6) Vogel, Wirtschaftseinheiten.

7) VVDStRL 29 mit einer ausführlichen Literaturübersicht von Ossenbühl, a.a.O. S. 138 f.

1. Allgemeines zur Verwaltung durch Private

Bei der Vielzahl der Möglichkeiten des Staates, sich Privater bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu bedienen, erscheint es für die rechtliche Bewertung dieser Möglichkeiten auf den ersten Blick einsichtig, daß kaum eine einheitliche Regelung aller Möglichkeiten in Betracht kommen kann. Dies wird bereits offenkundig, wenn man sich die wesentlichsten Formen der Erledigung öffentlicher Aufgaben durch Private vergegenwärtigt ¹⁾. Der Staat kann dem Privaten die Erledigung öffentlicher Aufgaben uneingeschränkt überlassen, er kann die Tätigkeit Privater im öffentlichen Interesse überwachen oder sie durch bestimmte Regelungen im öffentlichen Interesse gestalten. Der Staat kann die Tätigkeit aber auch selbst an sich ziehen oder aber, nachdem er sie an sich gezogen hat, die öffentliche Aufgabe auch wiederum an einen von ihm irgendwie abhängigen Rechtsträger übertragen. Die hier ausschließlich interessierende letzte Alternative entspricht dem bereits oben behandelten Bereich der "mittelbaren Staatsverwaltung".

a) Notwendigkeit der öffentlich-rechtlichen Begründung einer staatlichen Kompetenz

Öffentliche Verwaltung kann nur von Verwaltungsträgern ausgeübt werden. Für die Begründung der Verwaltungsträgerschaft wurde allgemein festgestellt und bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts bestätigt gefunden, daß dazu die öffentlich-rechtliche Übertragung einer Wahrnehmungszuständigkeit erforderlich ist ²⁾. Nur durch einen solchen öffentlich-rechtlichen Übertragungsakt können staatliche Kompetenzen selbständigen Rechtssubjekten zur Wahrnehmung eingeräumt werden. Für den Fall, daß ein privatrechtliches Rechtssubjekt Träger öffentlicher Verwaltung sein soll,

1) Vgl. dazu Peters, Festschrift für Nipperdey, S. 878, sowie Ossenbühl, VVDStRL 29 S. 145; vgl. auch Sauer, DVBl 1970, S. 486.

2) Vgl. oben I 1.

besteht kein Anlaß, von diesem Grundsatz abzuweichen. Auch ein Privater kann nur dann öffentliche Verwaltung ausüben, wenn er eine staatliche Aufgabe, d. h. eine Aufgabe wahrnimmt, die deshalb staatlich ist, weil sie vom Staat erfüllt wird. Auch für eine Verwaltungsträgerschaft von Privaten ist somit ein Bezug zur Staatlichkeit erforderlich. Da der staatliche Bereich aber nur öffentlich-rechtlich definiert werden kann, ist auch zur Begründung einer Verwaltungsträgerschaft für Private ein öffentlich-rechtlicher "Übertragungsakt" ¹⁾, ein "Staatsakt" ²⁾ bzw. ein öffentlich-rechtlicher "Organisationsakt" ³⁾ erforderlich ⁴⁾. Nimmt dagegen ein Privater eine "öffentliche Aufgabe" allein aufgrund einer rein zivilrechtlichen Verpflichtung gegenüber dem Staate wahr, so kann aus der "öffentlichen Aufgabe" keine "staatliche" werden, eine Verwaltungsträgerschaft kommt dadurch nicht zustande ⁵⁾.

b) Die Abgrenzung der übertragenen staatlichen von den eigenen Kompetenzen des Privatrechtssubjekts

Damit von einer Verwaltungsträgerschaft des Privaten gesprochen werden kann, muß ihm ferner durch diesen öffentlich-rechtlichen Übertragungsakt eine staatliche Angelegenheit bzw. staatliche Kompetenz zur Wahrnehmung übertragen werden. Die Übertragung solcher Kompetenzen auf öffentlich-rechtliche Rechtsträger ist weitgehend problemlos. Bei der Übertragung staatlicher Kompetenzen auf Private gibt es jedoch schwierige Abgrenzungsprobleme:

1) Gallwas, VVDStRL 29 S. 223.

2) Kötting, Öffentliche Verwaltung, S. 74.

3) VG München, Urteil vom 21. 3. 1956, zitiert bei Kopp, DVBl 1970 S. 727.

4) Vgl. dazu auch Ossenbühl, VVDStRL 29, S. 193 Fn. 251, sowie Martens, NJW 1970, S. 1029, und Steiner, DÖV 1970, S. 531. Wenger, Öffentliche Unternehmen, S. 565, spricht von der "Einstiftung eines öffentlichen Zweckes".

5) Vgl. BVerwG DVBl 1970 S. 735, wo die Verwaltungsträgerschaft der "Gesellschaft zur Aufsuchung von Bodenschätzen in Bayern m. b. H. (GAB)" mit dieser Begründung abgelehnt wurde.

aa) Private eigene Kompetenz - übertragene privatrechtliche Kompetenz des Staates

Wird dem Privaten eine ausschließlich staatliche Angelegenheit übertragen, so ist es offensichtlich, daß er in Erfüllung der ihm übertragenen Aufgabe eine staatliche Kompetenz wahrnimmt. Anders ist es jedoch bei den auch-staatlichen Angelegenheiten, die vom Staat mit privaten Mitteln wahrgenommen werden, d. h. bei den privatrechtlichen Kompetenzen des Staates. Diese sind gerade dadurch gekennzeichnet, daß sie außer vom Staat als privatrechtliche staatliche Kompetenz auch von Privaten als private Kompetenz wahrgenommen werden können. Betreibt z. B. der Staat im Rahmen der Daseinsvorsorge ein Verkehrsunternehmen mit privatrechtlichen Mitteln, so nimmt er eine privatrechtliche staatliche Kompetenz wahr; der ein ähnliches Verkehrsunternehmen betreibende private Unternehmer tut dies dagegen in Ausübung einer privaten Kompetenz.

Da die Begründung der Verwaltungsträgerschaft voraussetzt, daß einem Rechtssubjekt die Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer staatlichen Kompetenz eingeräumt wird, hat dies bei der Übertragung privatrechtlicher Kompetenzen des Staates auf Private erst einmal zur Folge, daß diese berechtigt werden, zusätzlich zu ihrer bereits vorhandenen privaten Kompetenz eine weitere private Kompetenz auszuüben. Damit scheint sich für den Privaten nichts geändert zu haben. Da an gleichliegende Sachverhalte keine verschiedenen Rechtsfolgen geknüpft werden können, scheint die Übertragung privater Kompetenzen des Staates auf Private nicht geeignet zu sein, eine Verwaltungsträgerschaft des Staates zu begründen. Diese Schlußfolgerung ist jedoch voreilig. Sie übersieht, daß die Übertragung einer Wahrnehmungszuständigkeit den Privaten nicht nur zur Kompetenzausübung berechtigt, sondern ihn auch dem Staat gegenüber regelmäßig dazu verpflichtet¹⁾. Die private Kompetenz des Privaten berechtigt diesen dazu, von seiner Kompetenz keinen Ge-

1) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 72 I c.

brauch (mehr) zu machen. Die auf den Privaten übertragene private Kompetenz des Staates gibt ihm dagegen diese Möglichkeit nicht ohne weiteres.

Eine weitere Besonderheit besteht darin, daß die übertragene private Kompetenz vom Privaten nicht als seine eigene private Kompetenz ausgeübt wird, sondern er sie als staatliche Kompetenz für den Staat und anstelle des Staates ausüben muß. Da die private staatliche Kompetenzausübung nicht unbedingt den gleichen Regelungen unterworfen ist wie die Wahrnehmung privater Angelegenheiten durch Private, ergeben sich auch für den Privaten, der eine private Kompetenz des Staates wahrnimmt, andere rechtliche Bindungen als bei der Wahrnehmung seiner eigenen privaten Kompetenz. Die öffentliche Verkehrsversorgung ist bei privatrechtlicher Wahrnehmung durch den Staat eine private Kompetenzausübung des Staates. Sie ist - trotz privater Gestaltung - als "Daseinsvorsorge" materiell öffentliche Verwaltung und unterliegt dadurch den öffentlich-rechtlichen Bindungen des Verwaltungsprivatrechts. Der Private, dem die Zuständigkeit zur Wahrnehmung dieser verwaltungsprivatrechtlich gebundenen privaten Kompetenz des Staates übertragen ist, übt somit eine Tätigkeit aus, die sich erheblich von der Ausübung seiner eigenen privaten Kompetenz unterscheidet. Die angebliche Identität der Kompetenzen ist daher kein Grund, die Möglichkeit einer Wahrnehmung von privaten Kompetenzen des Staates durch Private abzulehnen. Entscheidend für diese Möglichkeit kann nur die Frage sein, wie der für die Übertragung von Wahrnehmungszuständigkeiten notwendige öffentlich-rechtliche Übertragungsakt in diesem Falle auszusehen hat. Hierauf wird später noch zurückzukommen sein.

bb) Verwaltungspflichten - Verwaltungsobliegenheiten

Eine weitere Abgrenzungsschwierigkeit bei der Verwaltung durch

Private besteht zwischen der bisher behandelten Übertragung staatlicher Kompetenzen auf Private und den öffentlich-rechtlich geregelten eigenen Angelegenheiten der Privaten. Hierzu zählen die Aufgaben der Privaten, die der Staat nicht erst an sich gezogen hat, um sie den Privaten dann zu übertragen, sondern es handelt sich vielmehr um eigene Angelegenheiten, die dem Privaten öffentlich-rechtlich auferlegt sind. Im Anschluß an Forsthoff¹⁾ werden die öffentlich-rechtlich begründeten eigenen Angelegenheiten der Privaten allgemein²⁾ als Verwaltungspflichten und die dem Privaten zur Wahrnehmung übertragenen staatlichen Angelegenheiten als Verwaltungsobliegenheiten bezeichnet.

Die dem Privaten als seine eigene Angelegenheit öffentlich-rechtlich auferlegte Verwaltungspflicht ist im Einzelfall allerdings nicht immer einfach von der ihm zur Wahrnehmung als staatliche Angelegenheit übertragenen Verwaltungsobliegenheit zu unterscheiden. Die Abgrenzung dieser beiden Pflichten ist daher im einzelnen auch umstritten. Hier kann ohne näheres Eingehen auf die Einzelheiten der Abgrenzung der h. M.³⁾ gefolgt werden, da es für die hier interessierende Problematik nicht auf die exakte Abgrenzung im Einzelfall, sondern nur auf die Feststellung ankommt, daß diese beiden Pflichtenkreise grundsätzlich zu unterscheiden sind.

Wenn die Art der auferlegten Pflicht sich nicht schon unmittelbar aus dem sie begründenden Gesetz ergibt⁴⁾, soll nach der h. M. eine Verwaltungspflicht daran zu erkennen sein, daß sie eine höchstpersönliche Pflicht des Privaten, wie z. B. die Sachleistungs- und Ablieferungspflicht, die Pflicht zur Ableistung von Hand- und Spann-

1) Lehrbuch, S. 172.

2) Vgl. Ossenbühl, VVDStRL 29, S. 155 ff. mit weiteren Hinweisen. Vgl. auch Gause, Indienststellung, S. 47.

3) Vgl. dazu Ossenbühl, a. a. O. S. 156 ff. mit weiteren zahlreichen Hinweisen; vgl. auch Dagtoglou, DÖV 1970 S. 535 sowie Steiner, DÖV 1970 S. 530.

4) Vgl. BVerwG DVBl 1970 S. 736 betr. Verkehrssicherungsmaßnahmen durch Bauunternehmer.

diensten, die öffentlich-rechtliche Auskunfts-, Zeugen- und Sachverständigenpflicht¹⁾, aber auch die Wegereinigungspflicht²⁾ begründet.

Wird dagegen mit der Pflichtenübertragung für den Privaten zugleich die Befugnis zu Eingriffen in die Rechte Dritter übertragen, so wird damit eine Verwaltungsobliegenheit indiziert. Das gleiche gilt, wenn die Pflichtenübertragung ausdrücklich mit Haftungs-, Verantwortlichkeits-, Rechtsschutz-, Aufsichts- oder Weisungsregelungen verbunden ist, aus denen die Übertragung einer staatlichen Kompetenz ohne weiteres zu entnehmen ist³⁾. Als Hauptanwendungsfall für die Verwaltungsobliegenheiten wird vor allem auf die steuerrechtlichen Hilfspflichten Privater verwiesen, z. B. die Verpflichtung der Arbeitgeber, die Lohnsteuer der Arbeitnehmer oder die Verpflichtung der Banken, die Kapitalertragssteuer der Wertpapiersparer einzuziehen und abzuführen⁴⁾.

Da es für die "Verwaltung durch Private" erforderlich ist, daß Privaten eine staatliche Kompetenz zur Wahrnehmung übertragen ist, kann nur die Erfüllung von Verwaltungsobliegenheiten öffentliche Verwaltung sein. Die Erfüllung öffentlich-rechtlich begründeter Verwaltungspflichten führt dagegen nicht zur Begründung von öffentlicher Verwaltung. Die Verwaltungspflichten können daher aus dem Kreis der weiteren Überlegungen ausgeschlossen werden.

Für die Abgrenzung der öffentlich-rechtlich geregelten privaten Angelegenheiten der Privaten von den zur Wahrnehmung übertragenen staatlichen Kompetenzen sind nicht nur die auferlegten Pflichten, sondern auch die eingeräumten Rechte der Privaten von

1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 172; vgl. BGH JUS 1973, S. 182.

2) Ossenbühl, a.a.O. S. 149.

3) Ossenbühl, a.a.O. S. 157 mit weiteren Hinweisen.

4) Vgl. dazu Forsthoff, Lehrbuch, S. 172, sowie insbesondere Gause, Indienstellung, S. 87 ff.

Bedeutung. Der Staat kann den Privaten bestimmte Tätigkeiten grundsätzlich verbieten und die Ausübung der Tätigkeit im Einzelfall von seiner Erlaubnis abhängig machen. Dieses Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ¹⁾ ist ein Mittel, um die private Tätigkeit Privater im öffentlichen Interesse zu regeln. Durch die Erlaubnis wird dagegen dem Privaten nicht die Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer staatlichen Angelegenheit übertragen. Ähnlich ist es mit der Konzession, durch die jemand berechtigt und verpflichtet wird, eine Tätigkeit auszuüben, für die sich der Staat ein Verleihungsrecht vorbehalten hat. Auch die Konzession ist nur ein Mittel, die Ausübung privater Kompetenzen durch die Privaten einem staatlichen Einfluß zu unterwerfen. Eine Wahrnehmungszuständigkeit wird dagegen durch die Konzession nicht vermittelt ²⁾.

Wird dem Privaten dagegen das Privileg zur Wahrnehmung eines Regals oder Monopols eingeräumt ³⁾, d. h. wird ihm das Recht übertragen, ein durch ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt dem Staat zugewiesene Angelegenheit wahrzunehmen, so wird er zum Wahrnehmungssubjekt einer staatlichen Kompetenz. Ob die Wahrnehmung dieser staatlichen Kompetenz auch eine Verwaltungsträgerschaft begründet, hängt im Einzelfall davon ab, ob die Ausübung des Privilegs auch materiell-öffentliche Verwaltung oder nur "fiskalische Tätigkeit" ist. Das wird man z. B. für das Zündwarenmonopol im ersten Sinne ⁴⁾, für das Bergregal dagegen im letzteren Sinne beantworten müssen.

1) Vgl. dazu BVerfGE 20 S. 255.

2) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 104 I d; a. A. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 548.

3) Zu diesen Begriffen vgl. Huber, a.a.O. S. 479 und 547 ff.

4) Vgl. dazu die weitgehende Ausgestaltung des Zündwarenmonopolrechts auch im Hinblick auf die Abnehmer; siehe oben § 2 C.

cc) Privater Verwaltungsträger - bloßer "Gehilfe" und bloßes "Werkzeug" der Verwaltung

Für die Verwaltung durch Private ist ein drittes Abgrenzungskriterium zu beachten. Kam es im ersten Fall darauf an, die Wahrnehmung der privaten Kompetenz des Privaten von der Wahrnehmung der privaten Kompetenz des Staates durch den Privaten zu unterscheiden, und ging es bei der zweiten Abgrenzung darum, die öffentlich-rechtliche Verpflichtung bzw. Berechtigung zur Wahrnehmung eigener Angelegenheiten von der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen abzuheben, so ist als dritter Gesichtspunkt der Unterschied hervorzuheben zwischen der Übertragung von Wahrnehmungszuständigkeiten auf Private und der bloßen Einschaltung Privater bei der Wahrnehmung staatlicher Angelegenheiten durch den Staat selbst. Die für eine Verwaltung durch Private notwendige Übertragung von staatlichen Angelegenheiten auf Private setzt voraus, daß der Private für die Wahrnehmung dieser Angelegenheit zuständig wird, d. h. ihm muß die Wahrnehmungszuständigkeit eingeräumt werden. Überall dort, wo dem Privaten die staatliche Kompetenz nicht zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung überlassen ist, die Wahrnehmungszuständigkeit für die staatliche Kompetenz also beim Staat verbleibt, kann der in die Ausführung der staatlichen Angelegenheit eingeschaltete Private nur als "Werkzeug" oder "Erfüllungs-" bzw. "Verrichtungsgehilfe" angesehen werden, wie dies z. B. bei einem mit der Ersatzvornahme nach § 10 BVerwVG beauftragten Unternehmer oder einem im Auftrag der Straßenbauverwaltung handelnden Bauunternehmer der Fall ist ¹⁾.

Das Handeln eines Privaten im staatlichen Interesse oder unter

1) Vgl. hierzu insbesondere BGHZ 48 S. 98 (103), wo ein privater Bauunternehmer ausdrücklich als "Werkzeug" der öffentlichen Straßenbauverwaltung bezeichnet wird, mit der Folge, daß sich die Verwaltung die Handlungen des Unternehmers als eigene anrechnen lassen muß; vgl. auch BGH NJW 1970 S. 2209.

staatlichem Einfluß ist also nicht immer zugleich auch eine Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen. Benutzt der Staat einen Privaten bei der Wahrnehmung einer staatlichen Kompetenz, so verbleiben die mit der Kompetenzausübung verbundenen öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten beim Staat. Welche Auswirkungen das hat und wie diese öffentlichen Rechte und Pflichten in einem solchen Fall aktualisiert werden, wird später im einzelnen untersucht werden ¹⁾. Hier genügt der Hinweis auf die Bedeutung und die Notwendigkeit dieser Unterscheidung. Nicht jedes private Handeln für den Staat ist demnach staatliches Verwaltungshandeln.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß eine öffentliche Verwaltung durch Private die öffentlich-rechtliche Übertragung von staatlichen Kompetenzen auf Private voraussetzt. Die staatlichen Kompetenzen können sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privatrechtlicher Natur sein. Der Private, dem öffentlich-rechtlich die Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer staatlichen Angelegenheit übertragen ist, ist Träger öffentlicher Verwaltung. Der Private wird dagegen nicht Träger öffentlicher Verwaltung, wenn ihm öffentlich-rechtlich nur die Pflicht oder die Erlaubnis zur Wahrnehmung einer eigenen Angelegenheit auferlegt bzw. gewährt wird. Das gleiche gilt für den Fall, daß er als "Werkzeug" oder "Erfüllungsgehilfe" vom Staat bei der staatlichen Wahrnehmung einer staatlichen Kompetenz mit eingeschaltet wird, ihm diese Kompetenz aber nicht zur eigenen Wahrnehmung übertragen wird.

Innerhalb des so definierten Bereiches der Verwaltung durch Private sind - genau wie bei der mittelbaren Staatsverwaltung durch die Körperschaften des öffentlichen Rechts - wiederum mehrere Differenzierungsmöglichkeiten gegeben. Auch hier kann danach unterschieden werden, welche Befugnisse dem privaten Verwaltungsträger bei der Wahrnehmung der staatlichen Kompetenz eingeräumt sind; ob er also mit obrigkeitlichen Mitteln gegen Dritte vorgehen

1) Unten § 8 C.

darf, ob er diesen gegenüber "schlicht-hoheitlich" auftreten muß oder auf rein privatrechtliche Mittel angewiesen ist. Desgleichen kann auch hier darauf abgestellt werden, in welcher Selbständigkeit der Private die staatliche Kompetenz wahrnehmen kann, d. h. ob er sie in weitgehender Eigenständigkeit vergleichsweise den "Selbstverwaltungsangelegenheiten" oder nur "im Auftrage" unter Fach- und Rechtsaufsicht ausüben kann.

Ausgehend von diesen allgemeinen Grundsätzen der Verwaltung durch Private soll im folgenden der speziellen Frage nachgegangen werden, unter welchen Voraussetzungen, auf welche Weise und mit welchen Folgen eine AG als juristische Person des Privatrechts zu einem Träger öffentlicher Verwaltung werden kann. Aus Gründen der Einordnung dieser speziellen Frage in die bisher für die Einschaltung Privater in die öffentliche Verwaltungstätigkeit gebräuchliche Systematik soll dabei anhand der in diesem Bereich bisher entwickelten Institute und Terminologien vorgegangen werden.

2. Die Aktiengesellschaft als beliehenes Unternehmen

Die Verwaltung durch Private ist im wesentlichen gekennzeichnet durch das Institut des "beliehenen Unternehmers" bzw. des "Beliehenen"¹⁾. Die systematische Einordnung der staatlich beeinflussten und/oder im staatlichen Interesse handelnden AG in den Bereich der öffentlichen Verwaltung und die öffentlich-rechtliche Bewertung ihres Handelns sind ohne Bezug auf den Beliehenen und damit ohne Klärung dieses Instituts nicht möglich.

1) Hierzu gibt es mittlerweile eine kaum mehr überschaubare Literatur und Rechtsprechung. Aus neuerer Zeit sei insbesondere verwiesen auf Brohm, Strukturen, S. 203 ff.; Gallwas, VVDStRL 29, S. 212; Michaelis, Der Beliehene; Ossenbühl, VVDStRL 29 S. 158 ff.; Scholz, Öffentliche Einrichtungen, S. 29 ff.; Steiner, Der beliehene Unternehmer, JUS 1969, S. 71; Terrahe, Beleihung; Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten, S. 60 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen.

Bei der Definition des Beliehenen wird in der Literatur im wesentlichen von zwei verschiedenen Theorien ausgegangen. Die Aufgaben- oder Funktionstheorie sieht als Beleihung jede Übertragung materieller Verwaltungsaufgaben auf Private an, denen damit ein "Stück öffentlicher Verwaltung" überlassen wird ¹⁾.

Die bisher von der h. M. vertretene Rechtsstellungstheorie verlangt dagegen für eine Beleihung die Übertragung obrigkeitlicher Befugnisse an Private ²⁾.

Die heute wohl überwiegende Meinung hat - ausgehend von der Rechtsstellungstheorie - den Bereich des beliehenen Unternehmers dahingehend erweitert, daß nicht nur der obrigkeitlich tätige, sondern auch der schlicht-hoheitlich handelnde, d. h. also jeder in öffentlicher Rechtsform handelnde Private, dazu zu rechnen ist ³⁾.

Zur Abgrenzung von den im öffentlichen Dienst tätigen Personen und den staatlichen Organen wird für die Beliehenen zusätzlich verlangt, daß sie die ihnen übertragenen Aufgaben selbständig bzw. im eigenen Namen wahrnehmen ⁴⁾.

Nach der Aufgabentheorie stellt demnach jede rechtlich mögliche ⁵⁾ Übertragung von Staatsaufgaben auf Private eine Beleihung dar, wogegen die Rechtsstellungstheorie auch in ihrer weiterentwickelten Form den Bereich des beliehenen Unternehmers sehr viel enger faßt und auf bestimmte Verwaltungstätigkeiten und Handlungsformen begrenzt.

1) So grundlegend Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II, S. 95, S. 244; vgl. auch Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 533 ff.

2) Vgl. insbesondere Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 81 ff. mit weiteren Hinweisen.

3) Vgl. Bay VGH n. F. 7, S. 74; Steiner, JUS 1969, S. 71; Terrahe, Beleihung, S. 57 ff., insbesondere S. 82; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 104 I b.

4) Diese Abgrenzung wird nur rechtstechnisch verstanden. Sie soll nichts daran ändern, daß der "Beliehene" in jedem Fall eine staatliche Angelegenheit wahrnimmt. Die Beleihung ist unabhängig davon, ob Selbstverwaltungs- oder Auftragsaufgaben übertragen werden; vgl. Wolff, Verwaltungsrecht II, § 72 I 4; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 535, und Steiner, JUS 1969, S. 71.

5) Siehe S. 218.

Dieser Theorienstreit brauchte hier nicht erwähnt zu werden und könnte auf sich beruhen, wenn es dabei nur um den Streit über eine zweckmäßige Definition ginge. Dies ist jedoch nicht der Fall. An den Begriff des Beliehenen werden nicht nur bestimmte Voraussetzungen und Rechtsfolgen gebunden, an diesen Begriff wird heute auch noch weitgehend die Vorstellung geknüpft, daß damit der gesamte Bereich der Verwaltung durch Private abschließend umschrieben wird. Nach der Beleihung kommt vielfach die große Zäsur; wer als Privater nicht Beliehener ist, wird ausschließlich dem Privatrecht unterstellt ¹⁾. Zwischen der Beleihung von Privaten und den öffentlich-rechtlichen Körperschaften ist dann kein Raum mehr für ein weiteres Institut ²⁾.

Will man die sich daraus ergebende Konsequenz einer rein definitionsbedingten Verengung der "Verwaltung durch Private" vermeiden, so wird man bei der Annahme der "Beleihung" als der einzigen möglichen Form der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private wieder zur Aufgabentheorie zurückkehren müssen ³⁾. Dies hat jedoch den Nachteil, daß dadurch mehrere sehr verschiedene Formen der Erfüllung von staatlichen Angelegenheiten durch Private unter einen Begriff zusammengefaßt und ihre möglicherweise notwendige rechtlich unterschiedliche Behandlung dadurch erschwert wird.

Die zweite Möglichkeit, die geschilderte Verengung zu vermeiden, besteht darin, den Beleihungsbegriff zwar eng zu fassen, andere Formen der Verwaltung durch Private damit aber nicht von vornherein auszuschließen. Dieser Weg soll hier beschritten werden.

5) von S. 217:

Zu den rechtlichen Grenzen der Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private vgl. Brohm, Strukturen, S. 215, sowie Ossenbühl, VVDStRL 29, S. 159.

1) Dies stellt insbesondere Gallwas, VVDStRL 29, S. 271, heraus.

2) Vgl. Brohm, a.a.O. S. 216.

3) Vgl. dazu Gallwas, a.a.O. S. 222.

Im Einklang mit der mittlerweile überwiegend vertretenen Ansicht sollen im Rahmen der weiteren Erörterungen als Beliehene diejenigen natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts angesehen werden, denen die Zuständigkeit eingeräumt ist, bestimmte einzelne hoheitliche Kompetenzen im eigenen Namen wahrzunehmen¹⁾. Ob es neben den so definierten Beliehenen weitere Institute einer Verwaltung durch Private gibt, bleibt dabei offen. Diese Frage wird im einzelnen anhand der oben dargestellten Kriterien später noch zu untersuchen sein.

Wesentliches Kennzeichen für den Beliehenen ist nach der hier gebrauchten Definition somit, daß er hoheitliche Kompetenzen wahrnimmt. Diese hoheitliche Kompetenz ist öffentlich-rechtlich, weil dem Privaten zur Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgabe ausschließlich-staatliche Befugnisse eingeräumt sind. Diese auf das Verwaltungsmittel abstellende öffentlich-rechtliche Kompetenz besteht unabhängig davon, ob der Private mit diesem Mittel eine ausschließlich-staatliche oder eine auch-staatliche Aufgabe wahrzunehmen hat²⁾. Ein Merkmal des Beliehenen ist also, daß er bestimmte Tätigkeiten mit hoheitlichen Mitteln wahrnimmt. Bei der einleitenden allgemeinen Untersuchung der Verwaltung durch Private wurde festgestellt, daß es für die Begründung einer Verwaltungsträgerschaft nicht auf die dem Privaten eingeräumte Befugnis, sondern allein darauf ankommt, ob ihm aufgrund eines besonderen öffentlich-rechtlichen Übertragungsaktes die Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe (nicht Befugnis!) eingeräumt ist³⁾. Die eingeräumte hoheitliche Befugnis des Privaten kann also allenfalls ein Kriterium sein, um ihn von anderen Verwaltungsträgern zu unterscheiden. Verwaltungsträger werden kann auch der Beliehene nur durch einen öffentlich-rechtlichen Übertragungsakt⁴⁾.

1) Vgl. Terrahe, Beleihung, S. 96; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 104 I b; vgl. auch Steiner JUS 1969, S. 70.

2) Zu dieser Unterscheidung vgl. oben § 8 B II 1.

3) Vgl. dazu oben § 8 B II 1.

4) Siehe S. 220.

Der für die Begründung der Verwaltungsträgerschaft notwendige öffentlich-rechtliche Übertragungsakt kann im Falle des Beliehenen nur ein Gesetz oder ein gesetzlich begründeter Verwaltungsakt sein ¹⁾. Für die Ausstattung des Privaten mit obrigkeitlichen Befugnissen ergibt sich dies bereits aus dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt ²⁾. Wenn der Staat nur durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes in Freiheit und Eigentum der Bürger eingreifen kann, so muß man für die Übertragung dieser Befugnis auf Private die gleichen Voraussetzungen verlangen ³⁾. Diese Begründung ist dagegen nicht anwendbar im Bereich der schlicht-hoheitlichen Verwaltung, auf den im Einklang mit der h. M. der Begriff des Beliehenen hier ausgedehnt werden soll. Handelt der Staat selbst schlicht-hoheitlich, so kann er das nach vorherrschender Auffassung ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung ⁴⁾. Wird dagegen ein Privater mit schlicht-hoheitlichen Kompetenzen beliehen, so wird man die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung für diese Übertragung aus einem allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz herleiten müssen, wonach jedes Ausscheiden von Ho-

4) von S. 219:

Vgl. dazu Gallwas, VVDStRL 29, S. 223; Kötting, Öffentliche Verwaltung, S. 74; Steiner, DÖV 1970, S. 528 ff.; Brohm, Strukturen, S. 205; vgl. auch Martens, NJW 1970 S. 1029, der sich unter diesem Gesichtspunkt kritisch mit dem Urteil des OLG Köln NJW 1968, S. 655 (Schülerlotse als Beliehener) auseinandersetzt. Bedenklich ist auch die Definition des Beliehenen bei Gause, Indienststellung, S. 112, wo die Verwaltungsträgerschaft des Beliehenen mit seinen hoheitlichen Befugnissen begründet wird. Der Beliehene ist nicht deswegen Verwaltungsträger, weil er hoheitliche Befugnisse hat, sondern weil ihm eine staatliche Aufgabe übertragen ist.

- 1) BVerwGE 1, S. 304; BVerwG DÖV 1968, S. 431; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 537; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 251 Fn. 49; Wolff, VWR II § 104 II a.
- 2) Steiner, JUS 1969, S. 73; Terrahe, Beleihung, S. 45; Wolff, a. a. O. § 78 II b 1.
- 3) Vgl. auch Hess, StaatsGH JUS 1970 S. 247.
- 4) Vgl. BVerfGE 8, S. 155; ebenso das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung, vgl. BVerwGE 6, S. 287; BVerwGE 10, S. 112. Zum Gesetzesvorbehalt bei der Leistungsverwaltung vgl. auch Selme; JUS 1968, S. 489 (492).

heitsrechten aus der unmittelbaren staatsbehördlichen Verwaltung wegen der damit verbundenen öffentlich-rechtlichen Pflichtigkeit ¹⁾ eine gesetzliche Grundlage voraussetzt ²⁾, wie dies z. B. auch in § 24 Abs. 1 des Landesverwaltungsgesetzes von Schleswig-Holstein geregelt ist ³⁾.

Für die Beleihung ist somit in jedem Falle ein Gesetz erforderlich. Bei dieser Feststellung ist zu beachten, daß dem Beleihungsgesetz eine doppelte Bedeutung zukommt. Es ist einmal der allgemein zur Übertragung staatlicher Kompetenzen auf Private erforderliche öffentlich-rechtliche Rechtsakt und entspricht zugleich der zur Übertragung hoheitlicher Kompetenzen erforderlichen besonderen Qualität dieses Übertragungsaktes.

Durch die gesetzliche Übertragung einer staatlichen Aufgabe, zu deren Erledigung hoheitliche Befugnisse zur Verfügung gestellt werden, wird ein Privater als Beliehener zu einem Glied der Staatsorganisation ⁴⁾ und damit zu einem Träger mittelbarer Staatsverwaltung ⁵⁾. Er hat als Verwaltungsträger die Rechtsgebundenheit der Verwaltung, insbesondere die Grundrechte, zu beachten ⁶⁾ und übt ein "öffentliches Amt" im Sinne des Art. 34 GG aus, d. h. die Folgen seiner Pflichtverletzung richten sich nach Amtshaftungsgrundsätzen ⁷⁾.

1) "rechtsstaatlicher Gesetzesvorbehalt", vgl. Wolff, VWR, § 78 II b 1.

2) Forsthoff, Lehrbuch, S. 405.

3) § 24 I LVG SchlH:

"Natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts sowie nichtrechtsfähigen Vereinigungen können Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur Erledigung in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes übertragen werden."

4) Vgl. insbesondere Terrahe, Beleihung, S. 96, mit weiteren Hinweisen.

5) Steiner, JUS 1969, S. 71.

6) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 104 I b.

7) BGHZ 36, S. 194; BGH NJW 1968, S. 445.

Untersucht man ausgehend von diesen allgemeinen Regeln zum Beliehenen die hier interessierende Frage, ob und inwieweit eine staatlich beeinflusste AG als beliehenes Unternehmen der öffentlichen Verwaltung zuzurechnen ist, so läßt sich folgendes feststellen:

Die Tatsache, daß eine AG vom Staat als Aktionär beeinflusst oder beherrscht wird, macht sie ebensowenig zu einem beliehenen Unternehmen wie eine auf den staatlichen Einfluß zurückgehende Tätigkeit im "öffentlichen Interesse" oder die Erfüllung "öffentlicher Aufgaben". Auch eine AG mit staatlicher Kapitalbeteiligung wird nur dadurch zu einem beliehenen Unternehmen, daß ihr durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes die Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer hoheitlichen Kompetenz des Staates im eigenen Namen eingeräumt wird.

Wegen ihres regelmäßigen Bezuges auf natürliche Personen¹⁾ finden die allgemeinen Beleihungsgesetze bei juristischen Personen nur in Ausnahmefällen Anwendung²⁾. Die Beleihung juristischer Personen erfolgt vorwiegend durch spezialgesetzliche Regelungen, wie dies z. B. bei der DUISBURG-RUHRORTER HÄFEN-AG der Fall ist, deren satzungsmäßige Aufgabe die Verwaltung und Betriebsführung der staatlichen und städtischen Häfen in Duisburg-Ruhrort, Duisburg und Duisburg-Hochfeld ist³⁾. Die Gesellschaft wurde aufgrund des Preußischen "Gesetzes wegen Übertragung der staatlichen Hafenanlagen in Duisburg an eine Aktiengesellschaft" vom 24. Juli 1926⁴⁾ gegründet. Durch § 1 dieses Gesetzes wurde

1) Vgl. allgemein die Bundesnotarordnung, § 25 BJagdG für den Jagdschutzberechtigten, § 29 StVZO für den sachverständigen Kfz-Prüfer, § 29 LuftVG für den verantwortlichen Luftfahrzeugführer; vgl. auch das Gesetz zum Schutz der landwirtschaftlichen Kulturpflanzen (RGBl 1937 I S. 271) für die Leiter der "Kartoffelkäfer-Suchkolonnen". Vgl. dazu RGZ 169 S. 312 ff.

2) Z. B. Vereine und Stiftungen als Privatschulträger; vgl. z. B. § 1 der Privatschulgesetze der Länder; siehe dazu Wolff, Verwaltungsrecht II, § 101 III a 2; vgl. auch VGH Mannheim JUS 1972 S. 53, sowie BVerfGE 27, S. 195.

3) Beteiligungen des Bundes 1970, Anhang zum Finanzbericht 1972, S. 141.

4) Siehe S. 223.

das Staatsministerium ermächtigt, zusammen mit der Stadt Duisburg zur gemeinschaftlichen Verwaltung und Betriebsführung der staatlichen und städtischen Hafenanlagen in Duisburg eine Aktiengesellschaft zu gründen. Nach Auskunft der Geschäftsführung werden heute durch die Gesellschaft u. a. die Aufgaben der Hafenbehörde nach der Allgemeinen Hafenverordnung (AHVO)¹⁾ wahrgenommen. Da nach § 3 und § 4 der AHVO die Hafenbehörde als Ordnungsbehörde Verfügungen treffen kann, zu denen sie nach der Verordnung besonders ermächtigt ist, oder die zur Beseitigung einer Störung oder zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs oder des Betriebes im Hafen erforderlich sind, ist der DUISBURG-RUHRORTER HÄFEN-AG die Befugnis zur Wahrnehmung obrigkeitlicher Kompetenzen eingeräumt. Sie ist deswegen ein beliehenes Unternehmen.

Diese Beispiele zeigen, daß die Beleihung durch spezialgesetzliche Übertragung obrigkeitlicher Befugnisse auf eine AG nicht nur theoretisch denkbar ist, sondern daß in der Praxis auch Gebrauch von dieser Möglichkeit gemacht wird.

Theoretische und praktische Schwierigkeiten ergeben sich jedoch bei der schlicht-hoheitlichen Verwaltung, auf die hier im Einklang mit der h. M. der Begriff der Beleihung ausgedehnt wurde²⁾.

Diese Schwierigkeiten bestehen vor allem bei der Abgrenzung des schlicht-hoheitlichen Handelns von dem Handeln in privater Rechtsform. Schon wenn der Staat selbst unmittelbar handelt, ist es wegen Fehlens zuverlässiger Kriterien kaum möglich, diese beiden Handlungsformen exakt auseinanderzuhalten. Dies hat in

4) von S. 222:

Pr. Gesetzessammlung 1929, S. 229. Dieses Gesetz ist in Nordrhein-Westfalen auch weiterhin gültig aufgrund des Gesetzes zur Bereinigung des in Nordrhein-Westfalen geltenden preußischen Rechts vom 7. November 1971 (G. V. NW S. 209).

1) Verordnung über den Verkehr und den Güterumschlag in Häfen - Allgemeine Hafenverordnung (AHVO) vom 12. Juni 1963 (GVNW S. 209).

2) Vgl. oben bei Fn. 2 und 3 auf S. 220.

der Praxis zu häufig willkürlich erscheinenden Ergebnissen geführt. Sowohl im Bereich des Amtshaftungsrechts¹⁾ als auch im Prozeßrecht bei der Bestimmung des richtigen Rechtsweges²⁾ ist diese Unterscheidung jedoch von ausschlaggebender Bedeutung. Solange diese unterschiedlichen Folgen grundsätzlich beibehalten werden³⁾, dürfen schlicht-hoheitliches und verwaltungs-privatrechtliches Handeln nicht gleichgesetzt werden⁴⁾.

Beim Handeln des Staates selbst ist die schlicht-hoheitliche von der privaten Handlungsform danach zu unterscheiden, ob sich der Staat der besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts oder der allgemein verbindlichen Rechtssätze des Privatrechts bedient⁵⁾. Überträgt man diesen Grundsatz auf das Handeln privater Verwaltungsträger in Ausübung einer staatlichen Angelegenheit, so wird man bei fehlender ausdrücklicher Regelung von einer Vermutung ausgehen können, daß der Private die ihm übertragene Aufgabe auch mit den Privatrechtssubjekten zustehenden Befugnissen, d. h. privatrechtlich, erledigen soll. Für die Ausstattung des privaten Verwaltungsträgers mit schlicht-hoheitlichen Befugnissen wird es immer eines besonderen Nachweises bzw. besonderer Umstände bedürfen. Wenn durch den die Trägerschaft begründenden Übertragungsakt nicht ausdrücklich bestimmt ist, daß der Private die ihm übertragene staatliche Aufgabe nicht mit den ihm als Privatrechtssubjekt zustehenden privatrechtlichen Befugnissen wahrnehmen, sondern schlicht-hoheitlich handeln soll, so wird man die Übertragung schlicht-hoheitlicher Befugnisse nur dort annehmen können,

1) Siehe dazu vor allem die ausführliche Darstellung bei Glaser, in Soergel, Kommentar zum BGB, § 839 Anm. 84 ff. mit weiteren Nachweisen.

2) Vgl. dazu BGHZ 41 S. 264, wonach die Durchführung von Kirmesveranstaltungen privatrechtliches nach BGH DVBl 1969, S. 623, die Anlage einer Regenwasserkanalisation danach schlicht-hoheitliches Handeln des Staates bzw. der Gemeinden sein soll.

3) Zu den Bemühungen, das privatrechtliche Verwaltungshandeln des Staates ebenfalls dem Amtshaftungsrecht zu unterwerfen, vgl. Schröder, JUS 1969, S. 25 ff., sowie Papier, DVBl 1972, S. 601 ff., und Hamann, Grundgesetz Art. 34 Anm. B 3.

4) So aber Schack, DÖV 1970, S. 43.

5) BGHZ 41 S. 267; BGH DVBl 1969, S. 623; vgl. auch Glaser, a.a.O. Anm. 86, sowie Wagner, JZ 1968, S. 245.

wo die übertragene Aufgabe generell oder doch zumindest vom Staat selbst nicht anders als schlicht-hoheitlich erledigt werden könnte. Dies wird insbesondere bei den staatlichen Subventionsleistungen angenommen. Ob und inwieweit Privaten schlicht-hoheitliche Befugnisse übertragen und sie dadurch zu beliehenen Unternehmern werden können, soll daher am Beispiel des Subventionsrechts erörtert werden.

Bei der staatlichen Subventionierung Privater wird von der herrschenden Zweistufentheorie ¹⁾ zwischen der Bewilligung und der Abwicklung von Subventionen unterschieden. Die Bewilligung soll dabei immer schlicht-hoheitlicher, die Abwicklung dagegen privatrechtlicher Natur sein. Wird einem Privatrechtssubjekt durch Gesetz die staatliche Kompetenz zur Subventionierung Privater dergestalt übertragen ²⁾, daß ihm sowohl die Bewilligung als auch die Abwicklung obliegt, so wird man dementsprechend davon ausgehen müssen, daß auch er im Bewilligungsverfahren regelmäßig schlicht-hoheitlich handeln soll ³⁾. Durch die vollständige Übertragung der Subventionsaufgabe auf einen privaten Subventionsvermittler wird dieser nicht nur wegen der ihm aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Rechtsaktes übertragenen staatlichen Aufgabe zu einem Verwaltungsträger, sondern wegen der ihm durch das Übertragungsgesetz eingeräumten schlicht-hoheitlichen Befugnisse wird er auch zu einem beliehenen Unternehmer.

1) Vgl. dazu BGHZ 40, S. 206 (210) mit Nachweisen; BVerwG NJW 1955, S. 437; BVerwG JUS 1969, S. 190; Werner, Auswirkungen der Zweistufentheorie im Subventionsrecht; Ipsen, VVDStRL 25, S. 257 (298 ff.).

2) Vgl. allgemein zu dem bisher noch weitgehend ungeklärten Problem der privaten Subventionsvermittler Zacher, VVDStRL 25, S. 370 ff. mit Nachweisen.

3) Vgl. Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme, S. 61. Ob eine solche Bewilligung durch private Verwaltungsträger notwendigerweise schlicht-hoheitlich ist oder auch privatrechtlich erfolgen kann, mag hier dahingestellt bleiben; diese Befugnis dürfte ihm in einem solchen Fall aber regelmäßig übertragen werden.

Als private Verwaltungsträger, die gesetzlich mit der eigenständigen Subventionierung Privater beauftragt sind, kommen vor allem Banken in Betracht, die vom Staat speziell zu diesem Zweck geschaffen sind oder weitgehend seinem Einfluß unterliegen. Da nach der hier gebrauchten Definition als beliehene Unternehmer nur die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Privaten angesehen werden sollen, scheiden alle unter staatlichem Einfluß stehenden privaten Subventionsvermittler, die nicht auf dieser Grundlage tätig sind, aus dem Kreis der Beliehenen aus ¹⁾.

Aufgrund eines Gesetzes sind als private Subventionsvermittler nur wenige Gesellschaften tätig. Von besonderer Bedeutung sind dabei die drei Gesellschaften INDUSTRIE-KREDIT-BANK-AG, die DEUTSCHE BAU- UND BODENBANK AG sowie die BERLINER INDUSTRIEKREDITBANK AG.

Die INDUSTRIEKREDIT-BANK-AG steht trotz überwiegender privater Kapitalbeteiligung weitgehend unter dem Einfluß des Bundes ²⁾. Durch das "Investitionshilfegesetz" vom 7. Januar 1952 ³⁾ wurde sie in die Abwicklung der Investitionsförderung eingeschaltet. Sie hatte nach § 5 des Gesetzes das "Industriekreditbank-Sondervermögen Investitionshilfe" zu verwalten. Durch § 24 des Investitionshilfegesetzes wurde sie zum Vorstand des aus dem Aufkommen der Investitionshilfe gebildeten Sondervermögens bestimmt. Dieses Sondervermögen hatte eine eigene Rechtspersönlichkeit. Die Entscheidung über die Bewilligung der Investitionshilfe wurde jedoch von einem besonders dafür bestellten und unter öffentlichem Einfluß stehenden Kuratorium (§§ 26 ff.) gefällt. Die INDUSTRIEKREDIT-BANK AG

1) Zur Beleihung der Subventionsvermittler vgl. Scholz, Kreditinstitute des Bundes, S. 154; Zacher VVDStRL 25, S. 374; Ipsen, DVBl 1956, S. 503; Hamann, Betriebsberater 1953, S. 866, die allerdings nicht immer von dem gleichen Begriff des Beliehenen ausgehen.

2) Vgl. im einzelnen dazu Scholz, a.a.O. S. 36 ff.

3) BGBl I S. 7 ff.

war nur mit der Abwicklung der jeweils bewilligten Kredite betraut. Nach der Zweistufentheorie handelte demnach nur das Kuratorium schlicht-hoheitlich, die gesetzlich begründete Verpflichtung der INDUSTRIEKREDIT-BANK AG wurde von ihr dagegen in privatrechtlicher Form erfüllt. Durch das Investitionshilfegesetz wurde sie daher nicht zum beliehenen Unternehmer.

Folgt man der Ansicht, daß die Bewilligung von Subventionen grundsätzlich in öffentlich-rechtlicher Form geschieht, so hat sich der Status der INDUSTRIEKREDIT-BANK AG mit dem "Investitionshilfe-Schlußgesetz" vom 24. Februar 1955 ¹⁾ jedoch geändert. Das Aufkommen nach den Investitionshilfegesetz, das ursprünglich auf eine Mrd. DM veranschlagt war, wies bei Auslaufen des Gesetzes einen Überschuß von ca. 170 Mill. DM auf. Dieser Betrag wurde nicht dem "Industriekreditbank-Sondervermögen Investitionshilfe" zugewiesen, sondern wurde nach § 6 Abs. 3 des "Investitionshilfe-Schlußgesetzes" der INDUSTRIEKREDIT-BANK AG zugeteilt, die diesen Betrag selbst als Kredite an Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft zu vergeben hatte. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sollten dabei kleine und mittlere Unternehmen bevorzugt berücksichtigt werden ²⁾. Bei der Vergabe dieser Kredite war die INDUSTRIEKREDITBANK-AG somit Bewilligungs- und Durchführungsstelle. Wegen des angenommenen schlicht-hoheitlichen Charakters der Bewilligung wurde sie im Hinblick auf die Durchführung des Gesetzes zum beliehenen Unternehmen.

Die zu 62 % bundeseigene DEUTSCHE BAU- UND BODENBANK-AG, deren Unternehmensgegenstand der Betrieb von Bankgeschäften unter besonderer Förderung der Bau- und Wohnungswirtschaft, namentlich des Städtebaues und des Wohnungsbaues ist ³⁾, wurde durch § 21 des "Zweiten Wohnungsbaugesetzes" vom 27. Juni

1) BGBl I S. 69.

2) Vgl. dazu auch Scholz, Kreditinstitute des Bundes, S. 39 f.

3) Beteiligungen des Bundes 1970, Anhang zum Finanzbericht 1972, S. 159.

1956¹⁾ mit der Vor- und Zwischenfinanzierung des Baues von Familienheimen im sozialen Wohnungsbau beauftragt, wofür ihr von der Bundesregierung ein besonderes Darlehen zur Verfügung gestellt wurde. Die Bewilligung der Finanzierungsbeihilfen wurde jedoch auch hier einem bei der DEUTSCHEN BAU- UND BODENBANK AG besonders gebildeten Ausschuß mit öffentlichem Einfluß übertragen. Trotz der gesetzlichen Übertragung der Subventionsaufgabe konnte die Bank somit nicht beliehenes Unternehmen werden.

Ähnlich ist es bei der BERLINER INDUSTRIEKREDITBANK AG. Dieser Bank obliegt als Hauptleihinstitut und Treuhänderin des ERP-Sondervermögens in Berlin die Gewährung von mittel- und langfristigen Finanzierungshilfen zur Förderung der Berliner Wirtschaft. An ihrem Grundkapital von 50 Mill. DM sind u. a. der Bund mit 68 % und das Land Berlin mit 4,8 % beteiligt²⁾. Die BERLINER INDUSTRIEBANK AG ist zwar nicht wie die vorgenannten Banken ausdrücklich durch ein Gesetz mit der Subventionaufgabe betraut. Die gesetzliche Grundlage ihrer Tätigkeit ergibt sich jedoch aus den jährlichen Gesetzen "über die Feststellung der Wirtschaftspläne des ERP-Sondervermögens"³⁾, wo jeweils auf die drei "Hauptleihinstitute" des Sondervermögens Bezug genommen wird. Neben der KREDITANSTALT FÜR WIEDERAUFBAU und der LASTENAUSGLEICHSBANK ist damit die BERLINER INDUSTRIEKREDITBANK AG gemeint⁴⁾.

Auch die BERLINER INDUSTRIEBANK AG entscheidet nicht selbst über die Vergabe der Förderungskredite. Diese Entscheidung liegt vielmehr beim "Berliner-Investitionsausschuß", der aus Vertre-

1) BGBl I 1956, S. 523.

2) Beteiligungen des Bundes 1970, Anhang zum Finanzbericht 1972, S. 209.

3) Vgl. dazu das ERP-Wirtschaftsplangesetz 1972 vom 24. April 1972, BGBl I, S. 667.

4) Vgl. Becker, ERP-Sondervermögen, S. 64.

tern Berlins, der Berliner Landeszentralbank, der BERLINER INDUSTRIEBANK AG und Vertretern der zuständigen Bundesministerien besteht ¹⁾. Somit ist auch diese Bank trotz der gesetzlich begründeten Wahrnehmung der staatlichen Subventionsaufgabe nicht schlicht-hoheitlich tätig und daher auch kein beliehenes Unternehmen ²⁾.

Zu einer anderen Beurteilung des Status der gesetzlich verpflichteten privaten Subventionsvermittler kommt man allerdings dann, wenn man die rechtlichen Fragen der Subventionsverwaltung nicht auf der Basis der herrschenden Zweistufentheorie löst, sondern die gesamte Subventionsvergabe entweder als rein öffentlich-rechtliche oder verwaltungsprivatrechtliche Verwaltung ansieht.

Zuleeg ³⁾ und besonders auch Renck ⁴⁾ unterstellen die gesamte Subventionsvergabe dem öffentlichen Recht und sehen demzufolge auch die Abwicklungsverträge als öffentlich-rechtliche Verträge an ⁵⁾. Der Subventionsvermittler wird nach dieser Ansicht schlicht-hoheitlich tätig und ist bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen beliehener Unternehmer ⁶⁾. Der Kreis der beliebhenen Subventionsvermittler wird danach auch auf solche Private ausgedehnt, die gesetzlich nur mit der Abwicklung und nicht auch mit der Bewilligung der Subventionen betraut sind.

1) Vgl. dazu im einzelnen Becker, a. a. O. S. 72 f.

2) A. A. Becker, a. a. O. S. 78.

3) Die Rechtsform der Subvention, S. 59 ff., bes. S. 91.

4) JUS 1971, S. 82.

5) Diese Rechtsform der Subventionierung wird jetzt auch von der Rechtsprechung neben der Zweistufentheorie zugelassen; vgl. BVerwG JUS 1969, S. 190, sowie BGH NJW 1972, S. 210; vgl. dazu auch Schröder, JUS 1969, S. 25 ff. Fn. 14.

6) So ausdrücklich Zuleeg, a. a. O. S. 91, der allerdings entgegen der h. M. für die Beleihung mit schlicht-hoheitlichen Befugnissen auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage verzichtet.

Beliehene Unternehmer sind die privaten Subventionsvermittler dagegen nicht, wenn man davon ausgeht, daß die Subventionsvergabe verwaltungsprivatrechtlich geschieht¹⁾. In diesem Falle erfolgen sowohl die Bewilligung als auch die Abwicklung von Subventionen in privater Rechtsform; entsprechend den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts ist diese privatrechtliche Subventionsvergabe jedoch öffentlich-rechtlichen Bindungen unterworfen.

Obwohl gerade bei der Einschaltung privater Subventionsvermittler sehr vieles für diese letzte Ansicht spricht, soll hier weiter der herrschenden Zweistufentheorie gefolgt und zwischen öffentlich-rechtlichem Bewilligungsakt und privatrechtlicher Abwicklung unterschieden werden. Dies vor allem deswegen, weil sich die Zweistufentheorie gerade in diesen Fällen als besonders handlich erweist²⁾ und die Einschaltung eines privaten Subventionsvermittlers für die Rechtsprechung mit ein Anlaß waren, sich dieser Theorie anzuschließen³⁾.

Insgesamt ist somit festzuhalten, daß ein privater Subventionsvermittler nur dann zu einem beliehenen Unternehmer wird, wenn ihm

1) Diese Ansicht vertreten insbesondere Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 56 ff., sowie Becker, ERP-Sondervermögen, S. 96 mit weiteren Hinweisen.

2) Darauf stellt insbesondere auch Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, S. 559, ab.

3) Vgl. dazu BVerwG DÖV 1959, S. 107, betreffend die Vergabe von Flüchtlingskrediten aus dem ERP-Sondervermögen. Danach hatte ein besonders eingesetzter Landeskreditausschuß die Zuschüsse öffentlich-rechtlich zu bewilligen, die privatrechtliche Abwicklung erfolgte durch die bundeseigene VERTRIEBENEN-BANK-AG. Diese Bank wurde durch Gesetz vom 28. 10. 1954 (BGBl I S. 293) in eine juristische Person des öffentlichen Rechts zur "Lastenausgleichsbank" umgewandelt. Vgl. im einzelnen dazu Scholz, Kreditinstitute des Bundes, S. 79 ff. Weil die VERTRIEBENEN-BANK AG selbst nicht über die Bewilligung der Kredite entschied, war sie auch kein beliehenes Unternehmen.

durch Gesetz die Subventionsvergabe als staatliche Aufgabe zur Wahrnehmung übertragen ist und er selbst nicht nur für die privatrechtliche Abwicklung der Subvention verantwortlich ist, sondern ihm auch die in öffentlich-rechtlicher Form schlicht-hoheitlich erfolgende Bewilligung der Förderung obliegt. Als ein solcher privater Subventionsvermittler konnte nur die INDUSTRIEKREDIT-BANK AG festgestellt werden, der durch das "Investitionshilfe-Schlußgesetz" vom 24. Februar 1955 ¹⁾ die eigenständige Kreditvergabe aus dem Überschuß des "Industriekreditbank-Sondervermögens Investitionshilfe" übertragen wurde ²⁾.

Nicht beliehene Unternehmer sind dagegen private Subventionsvermittler, die entweder nicht selbst über die Vergabe der Kredite zu entscheiden haben, sondern nur mit ihrer Abwicklung betraut sind, oder aber nicht auf gesetzlicher Grundlage, sondern in anderer öffentlich-rechtlicher Form in die Subventionsvergabe eingeschaltet sind. Erst recht kein Beliehener ist ein subventionsvermittelnder Privater, der nicht nur in privater Rechtsform handelt, sondern auch vom Staat nur rein privatrechtlich mit der Subventionsvergabe betraut worden ist ³⁾.

1) BGBl I S. 69.

2) Zur INDUSTRIEKREDITBANK-AG als beliehenem Unternehmer vgl. auch Köttgen, J.ö.R. 11 S. 302.

3) Dies wird besonders deutlich veranschaulicht am Beispiel der "Gesellschaft zur Aufsuchung von Bodenschätzen in Bayern mbH" (GAB), der die treuhänderische Verteilung und Verwaltung staatlicher Förderungsmittel zur Aufsuchung von Bodenschätzen übertragen war. Das Verwaltungsgericht München und der VGH München sahen die Gesellschaft wegen der ihr übertragenen "öffentlichen Aufgaben" als beliehenes Unternehmen an. (Urteil vom 5. 12. 1966, DVBl 1967, S. 383). Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner dazu ergangenen Revisionsentscheidung demgegenüber zutreffend eine Beleihung der Gesellschaft mit der Begründung abgelehnt, daß sie nur rein privatrechtlich und nicht durch hoheitlichen Akt zum Subventionsvermittler geworden war. BVerwG DVBl 1970, S. 735.

Neben der hier als Beispiel behandelten Subventionsverwaltung kann die Beleihung Privater mit schlicht-hoheitlichen Befugnissen theoretisch auch bei der Leistungsvermittlung in anderen Bereichen der öffentlichen Verwaltung zur Anwendung kommen. Überall dort, wo bei der Leistungsgewährung zwischen einer Entscheidung über das "Ob" und das "Wie" unterschieden werden kann, ist es denkbar, daß ein Privater der mit der Leistungsvergabe staatlich betraut ist, auch schlicht-hoheitlich handelt. Diese Zweistufigkeit wird außer bei der Subventionsverwaltung vor allem auch bei der Benutzung von Verwaltungseinrichtungen angenommen. Die Entscheidung über die Zulassung zur Benutzung solcher Einrichtungen wird überwiegend dem öffentlichen Recht, die Ausgestaltung der Benutzung im einzelnen dagegen dem Privatrecht zugeordnet ¹⁾.

Ist ein Privater der Träger einer Verwaltungseinrichtung, so kann die von ihm zu fällende Entscheidung über die Zulassung, also das "Ob", aber nur dann schlicht-hoheitlich sein, wenn er durch Gesetz mit der Wahrnehmung einer solchen öffentlich-rechtlichen Kompetenz betraut ist. Ein privater Träger von Verwaltungseinrichtungen kann nur dann zugleich auch betrauter Unternehmer sein, wenn ihm durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes die Wahrnehmung dieser staatlichen Aufgabe übertragen ist ²⁾ und dieser Übertragungsakt ihm das Recht zu öffentlich-rechtlichem Handeln einräumt.

Praktische Beispiele für eine solche gesetzliche Übertragung schlicht-hoheitlicher Befugnisse auf Aktiengesellschaften als privaten Trägern öffentlicher Einrichtungen konnten jedoch nicht fest-

1) So die ganz h. M., vgl. u. a. BVerwGE 32 S. 334; OVG Münster NJW 1969, S. 1077; OLG Hamburg MDR 1969, S. 677; Schwarze, JUS 1972 S. 715 (716) und Wolff, Verwaltungsrecht II, § 99 III b 2.

2) Es muß sich um ein Gesetz handeln, das die öffentlich-rechtliche Kompetenz überträgt. Hierzu zählen nicht die Gesetze, die für bereits bestehende öffentliche Einrichtungen bestimmte öffentlich-rechtliche Regelungen treffen wie z. B. die Gemeindeordnungen (vgl. § 18 GO von NRW oder § 5 Parteiengesetz).

gestellt werden. Die als öffentliche Einrichtungen tätigen "Stadthal-
len"-, "Verkehrsbetriebe-" oder "Messe- und Ausstellungs"-Akti-
engesellschaften sind nicht gesetzlich mit der Wahrnehmung der
öffentlichen Aufgabe betraut ¹⁾. Beliehene Unternehmer können sie
daher nicht sein.

Als ein Sonderfall des beliebten Unternehmens in diesem Bereich
verdient allerdings die TELTOWKANAL AG, BERLIN Erwähnung.
An dem Aktienkapital dieser Gesellschaft ist der Bund mit 60 %,
das Land Berlin mit 33,34 % und die Lastenausgleichsbank mit
6,66 % beteiligt. Gegenstand des Unternehmens ist die Unterhal-
tung, der Betrieb und die Verwaltung des Teltowkanals ²⁾.

Die Besonderheit der TELTOWKANAL AG besteht darin, daß ihr
aufgrund eines Befehls der Militärregierung der Vereinigten Staa-
ten vom 30. April 1949, der durch eine Anordnung der Alliierten
Kommandantura Berlin vom 11. September 1968 bekräftigt wurde,
das ausschließliche Recht zur Verwaltung des Teltowkanals über-
tragen wurde ³⁾. Der Teltowkanal gehört zu den ehemaligen
Reichswasserstraßen ⁴⁾. Geht man davon aus, daß die Verwaltung
der öffentlichen Wasserstraßen hoheitliche Verwaltung ist ⁵⁾, so
so ist der TELTOWKANAL AG, BERLIN durch öffentlich-rechtli-
chen Rechtsakt (des Besatzungsrechts) die Wahrnehmung hoheitli-
cher Befugnisse übertragen. Auch die TELTOWKANAL AG ist so-

-
- 1) Zu den öffentlichen Einrichtungen der Gemeinden vgl. unten C
III 1.
 - 2) Beteiligungen des Bundes, Anhang zum Finanzbericht 1972,
S. 156; vgl. auch § 2 I der Satzung der TELTOWKANAL AG.
 - 3) BK/O (68) 9, abgedruckt in GVBl für Berlin 1968, S. 1332.
 - 4) Vgl. Nr. 9 des Verzeichnisses in der Anlage zu § 2 des Berli-
ner Wassergesetzes.
 - 5) So ausdrücklich § 7 des Bundeswasserstraßengesetzes vom
2. April 1968 (BGBl II S. 173); vgl. auch Friesecke, Bundes-
wasserstraßengesetz, S. 21. Die Übernahme dieses Gesetzes
nach Berlin berührt die Rechtsstellung der ehemaligen Reichs-
wasserstraßen nicht; vgl. dazu die Erklärung der Alliierten
Kommandantura Berlin vom 27. Mai 1968, BK/O (68) 1, ab-
gedruckt im GVBl für Berlin 1968 S. 732.

mit beliehenes Unternehmen.

3. Die Aktiengesellschaft als Träger eines Verwaltungsmonopols

Bei der einleitenden allgemeinen Darstellung der Verwaltung durch Private¹⁾ wurde als ausschlaggebend für die Begründung einer Verwaltungsträgerschaft die öffentlich-rechtliche Übertragung einer staatlichen Kompetenz angesehen. Zur Abgrenzung der verschiedenen Formen der Verwaltungsträgerschaft wurde danach unterschieden, ob die wahrzunehmenden staatlichen Kompetenzen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind. Als öffentlich-rechtlich wurden einmal diejenigen staatlichen Kompetenzen bezeichnet, die in öffentlich-rechtlicher Rechtsform, d. h. hoheitlich ausgeübt werden. Der mit diesen öffentlich-rechtlichen Kompetenzen ausgestattete Private ist nach der hier gebrauchten Definition beliehener Unternehmer. Unter den öffentlich-rechtlichen Kompetenzen des Staates wurden darüber hinaus aber auch diejenigen Angelegenheiten verstanden, deren Wahrnehmung der Staat sich vorbehalten hat - die ausschließlich-staatlichen Aufgaben²⁾.

Diese öffentlich-rechtlichen Kompetenzen des Staates begründen für ihn eine Monopolstellung. Die Wahrnehmung des Monopols ist als Erfüllung staatlicher Aufgaben immer dann auch öffentliche Verwaltung, wenn dadurch vom Staat unmittelbar öffentliche Zwecke erfüllt werden sollen, d. h. wenn es sich nicht um Monopole "erwerbswirtschaftlichen" oder "fiskalischen" Charakters handelt³⁾. Im Anschluß an Badura soll diese öffentlich-rechtliche Kompetenz des Staates als "Verwaltungsmonopol" bezeichnet werden⁴⁾.

1) Vgl. oben § 8 B II 1.

2) Vgl. oben § 8 B II 1.

3) Zur materiellen Umschreibung der Verwaltungstätigkeit vgl. oben § 8 A.

4) Vgl. die gleichnamige Monographie Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963, besonders S. 86 ff.

Die Bestimmung einer bestimmten Tätigkeit als ausschließlich-staatliche Angelegenheit, d. h. die Begründung eines Verwaltungsmonopols, kann nur durch öffentlich-rechtlichen Rechtsakt erfolgen ¹⁾. Da der monopolbegründende Rechtsakt Dritte von der Ausübung der monopolisierten Tätigkeit ausschließt, sie also in ihren Freiheitsrechten beeinträchtigt, muß er auf gesetzlicher Grundlage basieren. Der monopolbegründende Rechtsakt und das Monopol selbst sind demnach notwendigerweise öffentlich-rechtlicher Natur, was nicht ausschließt, daß die Ausübung des Monopols in privatrechtlichen Formen geschehen kann.

Die Bestimmung einer Tätigkeit als Verwaltungsmonopol setzt nicht voraus, daß der Staat selbst von dieser Kompetenz auch Gebrauch macht, er kann sie vielmehr auch durch öffentlich-rechtlichen Rechtsakt zur Wahrnehmung einem Privatrechtssubjekt übertragen ²⁾. Diese Übertragung der Wahrnehmungszuständigkeit für das Verwaltungsmonopol kann wie die Begründung des Monopols selbst nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen ³⁾. Somit liegen alle eingangs aufgestellten Voraussetzungen für die Begründung einer Verwaltungsträgerschaft von Privaten vor: Einem Rechtssubjekt des Privatrechts wird durch öffentlich-rechtlichen Rechtsakt die Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe übertragen.

Der ein Verwaltungsmonopol wahrnehmende Private übt öffentliche Verwaltung aus und ist damit an die Grundrechte und an die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts gebunden. Handelt er darüber hinaus in Ausübung des Verwaltungsmonopols auch noch in öffentlich-rechtlicher Form, so ist er beliehener Unternehmer, an-

1) Badura, a. a. O. S. 89.

2) Vgl. allgemein zur Übertragung staatlicher Kompetenzen auf Private oben § 8 B II 1. Zur Übertragung von Verwaltungsmonopolen auf Private vgl. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 242.

3) Badura, a. a. O. S. 242.

dernfalls nur verwaltungsprivatrechtlich tätiger Verwaltungsträger¹⁾.

Ein Verwaltungsmonopol und damit öffentliche Verwaltung liegt dagegen nicht vor, wenn der Staat im Einzelfall eine nur faktische Monopolstellung innehat, bzw. ein Privater bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben faktisch ein Monopol ausübt²⁾. Die Unterscheidung zwischen Verwaltungsmonopol und einem nicht rechtlich begründeten faktischen Monopol ist im Einzelfall nicht immer leicht vorzunehmen. Hier wird die bereits früher festgestellte Schwierigkeit der Abgrenzung von öffentlich-rechtlich auf Private übertragenen staatlichen Angelegenheiten - den Verwaltungsobliegenheiten - und den öffentlich-rechtlich geregelten privaten Angelegenheiten der Privaten - den Verwaltungspflichten - besonders deutlich³⁾. Vor allem in den Fällen, in denen die öffentlich-rechtliche Regelung soweit geht, daß die Tätigkeit der Privaten von einer staatlichen Genehmigung abhängig gemacht wird, ist es nicht immer einfach festzustellen, ob die erteilte Genehmigung als Delegation einer staatlichen Aufgabe oder aber nur als öffentlich-rechtliche "Erlaubnis" oder "Konzession" zu werten ist, die es einem Privaten erlaubt, eine private Angelegenheit wahrzunehmen⁴⁾. Besonders wenn einem privaten Unternehmer als einzigem die Genehmigung zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit erteilt wird - wie es bei der Energieversorgung oder der Personenbeförderung im Linienverkehr die Regel ist - kann häufig nicht mit Gewißheit gesagt werden, ob dem Privaten die Zuständigkeit zur Wahrnehmung

1) Ausgehend von einem anderen Beleihungsbegriff bezeichnet Badura, a.a.O. S. 252 f., alle privaten Wahrnehmungssubjekte eines Verwaltungsmonopols unabhängig von ihrer Handlungsform als beliehene Unternehmer.

2) Badura, a.a.O. S. 190.

3) Vgl. zu dieser Unterscheidung oben § 8 B II 1.

4) Zur Problematik der Abgrenzung vgl. Steiner, JUS 1969 S. 70. In der "Konzession" sehen eine bloße Erlaubnis zur Wahrnehmung einer privaten Angelegenheit insbes. Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 83 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 104 I e 2; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 258. Eine Delegation von Verwaltungsaufgaben nehmen dagegen an Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 548 ff., sowie Merk, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 739 ff.

eines Verwaltungsmonopols oder als einzigem die Erlaubnis zur Wahrnehmung einer eigenen privaten Angelegenheit erteilt und damit für ihn eine nur faktische Monopolstellung begründet wird. Hier soll davon ausgegangen werden, daß das Energie- und das Personenbeförderungsrecht sowie die Daseinsvorsorge allgemein kein rechtliches Verwaltungsmonopol des Staates begründen, sondern allenfalls ein faktisches Monopol des Staates oder von Privaten in diesen Bereichen denkbar ist ¹⁾. Daseinsvorsorge kann zwar vom Staat als staatliche Aufgabe wahrgenommen werden, die im Bereich der Daseinsvorsorge erlassenen Gesetze haben sie aber nicht als ausschließlich-staatliche Aufgabe definiert und sie damit nicht der Ausübung durch Private als private Angelegenheit entzogen.

Die Möglichkeit der Begründung eines Verwaltungsmonopols und seiner Übertragung auf Privatrechtssubjekte sowie die Schwierigkeiten der Abgrenzung privater Träger von Verwaltungsmonopolen und den nur konzessionierten Privaten sei an folgenden Beispielen näher erläutert.

Als ein typisches Beispiel für die Begründung eines Verwaltungsmonopols und seine Übertragung auf Private ist das Zündwarenmonopol zu nennen ²⁾. Dieses Monopol wurde durch das "Zündwarenmonopolgesetz" vom 29. Januar 1930 ³⁾ begründet. Nach § 1 des Gesetzes steht das Zündwarenmonopol dem Reiche zu. Durch diese Bestimmung wurde die Herstellung und der Vertrieb von Zündhölzern zu einer ausschließlich-staatlichen Angelegenheit, d. h. zu einer öffentlich-rechtlichen Kompetenz des Staates erklärt. Die Ausübung dieser öffentlich-rechtlichen Kompetenz wurde durch § 4 Abs. 1 des Gesetzes der DEUTSCHEN ZÜNDHOLZ-VERKAUFS

1) So auch Badura, a.a.O. S. 190.

2) Vgl. dazu Badura, Verwaltungsmonopol, S. 236 ff.

3) RGBl I S. 11 ff.

AKTIENGESELLSCHAFT übertragen. Nach § 6 Abs. 2 handelt die Monopolgesellschaft bei der Ausübung des Monopols im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Der DEUTSCHEN ZÜNDHOLZ-VERKAUFS AG wurde somit durch Gesetz die Wahrnehmung einer öffentlich-rechtlichen Kompetenz des Staates im eigenen Namen übertragen. Da diese ausschließlich-staatliche Angelegenheit nicht allein erwerbswirtschaftliche Interessen des Staates, sondern auch einer gesicherten Versorgung der Bevölkerung mit Zündhölzern dienen sollte ¹⁾, ist die Ausübung dieser Kompetenz auch materiell öffentliche Verwaltung. Die DEUTSCHE ZÜNDHOLZ-VERKAUFS AG übt somit als privater Verwaltungsträger öffentliche Verwaltung aus. Die Art und Weise der Ausübung dieser Verwaltungstätigkeit wird vom Zündwarenmonopolgesetz in den bereits früher erwähnten Vorschriften ²⁾ über die Lieferpflicht, die Preisgestaltung und die Aufsicht des Reiches näher bestimmt. Die innere Ordnung und die Beteiligung des Reiches an der DEUTSCHEN ZÜNDHOLZ-VERKAUFS AG wird durch das Gesetz und die vom Gesetzgeber vorgegebene Satzung ebenfalls ausführlich geregelt. Das Zündwarenmonopolgesetz stellt wegen dieser weitgehenden organisatorischen Regelung nicht nur einen für die Beleihung ausreichenden öffentlich-rechtlichen Übertragungsakt dar, durch den ein Privater mit der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen betraut wird. Es ist vielmehr zugleich auch ein öffentlich-rechtlicher Organisationsakt, der die Gesellschaft erst ins Leben ruft und ihre innere Struktur gestaltet. Ob in diesem Fall daher noch von einem "Privaten" bzw. von einer juristischen Person des Privatrechts gesprochen werden kann, mag bezweifelt werden ³⁾,

1) Vgl. dazu § 35 des Zündwarenmonopolgesetzes zur "Sicherung des Zündwarenbedarfes".

2) Vgl. dazu oben § 2 C.

3) Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 132, hält die Zündwarenmonopolgesellschaft für eine juristische Person des öffentlichen Rechts; vgl. dazu auch Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 42 f. A. A. dagegen Badura, Verwaltungsmonopol, S. 239, Fn. 109, der in der Gesellschaft trotz der weitgehenden öffentlich-rechtlichen Gestaltung eine juristische Person des Privatrechts sieht.

kann hier jedoch dahingestellt bleiben. Die DEUTSCHE ZÜNDHOLZ-VERKAUFS AG wäre auch als "juristische Person des öffentlichen Rechts in privater Rechtsform" oder als "öffentliche Anstalt in privatrechtlicher Form"¹⁾ erst recht Verwaltungsträger und damit in Ausübung ihrer Verwaltungstätigkeit an das öffentliche Recht gebunden.

Da die DEUTSCHE ZÜNDHOLZ-VERKAUFS AG als Verwaltungsträger in Wahrnehmung der übertragenen staatlichen Kompetenz beim Vertrieb der Zündhölzer nicht hoheitlich, sondern in privater Rechtsform handelt, ist sie kein beliehenes Unternehmen, aber ein den Bindungen des Verwaltungsprivatrechts unterliegender Verwaltungsträger.

Nicht so eindeutig wie bei der DEUTSCHEN ZÜNDHOLZ-VERKAUFS AG liegen die Dinge dagegen bei dem folgenden Beispiel der FLUGHAFEN-FRANKFURT (MAIN) AG²⁾. An diesem Beispiel tritt die geschilderte Problematik der Abgrenzung von Verwaltungsmonopolen, deren Wahrnehmung öffentliche Verwaltung ist, und den faktischen Monopolen, die von den Monopolträgern als private Angelegenheit wahrgenommen werden, besonders deutlich hervor.

Der Bundesgerichtshof sieht alle privaten Flughafenunternehmer als Träger eines Verwaltungsmonopols und damit als Träger öffentlicher Verwaltung an³⁾. Nach seiner Auffassung haben die Flughäfen

-
- 1) Unabhängig von der Zündwarenmonopolgesellschaft wird dieser Begriff für öffentlich-rechtlich gestaltete oder unter öffentlichem Einfluß stehende "Private" gebraucht von: Dagtoglou, DÖV 1970, S. 534; Gause, Indienststellung, S. 52; vgl. auch JUS 1969, S. 71; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 121 ff. Vgl. dazu auch Fleiner, Institutionen, S. 125. Gegen diese Begriffswahl Terrahe, Die Beleihung, S. 101 ff.
 - 2) Gegenstand des Unternehmens ist der Betrieb, die Unterhaltung und der Ausbau des Verkehrsflughafens "Rhein-Main", Frankfurt (Main), für Zwecke des zivilen Luftverkehrs einschließlich der damit zusammenhängenden Nebengeschäfte. An der Gesellschaft ist der Bund mit 25,87 %, das Land Hessen mit 45,24 % und die Stadt Frankfurt mit 28,89 % beteiligt. Vgl. dazu "Beteiligungen des Bundes 1970 im Anhang zum Finanzbericht 1972".
 - 3) Urteil vom 10. 7. 1969, Der Betrieb 1969, S. 1790.

des allgemeinen Verkehrs aufgrund des Flugplatzzwanges nach § 25 des "Luftverkehrsgesetzes (LuftVG)" ¹⁾ und ihrer Genehmigungsbedürftigkeit, also aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften im Verhältnis zu fast allen zivilen Luftfahrern in ihrem Verkehrsreich eine Monopolstellung. Da auch die Anlage der Flugplätze öffentlich-rechtlich zu genehmigen und die Zahl der Flughäfen dadurch öffentlich-rechtlich begrenzt ist, handelt es sich nach Ansicht des BGH um eine öffentlich-rechtlich gesicherte Monopolstellung. Daraus folgert er, daß den privaten Flughafenunternehmern ein Teil der staatlichen Verwaltung übertragen sei ²⁾ und sie "wie beliehene Unternehmer" einer öffentlichen Aufgabe dienen und sie demzufolge als privatrechtlich handelnde Verwaltungsträger an die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts gebunden seien ³⁾.

Diese Annahme erscheint bedenklich. Den Flughafenunternehmen ist aufgrund der luftverkehrsrechtlichen Vorschriften zwar eine Monopolstellung eingeräumt, ob es sich hierbei aber auch um ein Verwaltungsmonopol handelt, muß als sehr fraglich angesehen werden. Die Tatsache allein, daß ein Monopol öffentlich-rechtlich gesichert ist, macht es noch nicht zu einem Verwaltungsmonopol. Von der Wahrnehmung eines Verwaltungsmonopols durch Private kann nur gesprochen werden, wenn eine bestimmte Tätigkeit gesetzlich dem Staate vorbehalten ist und dieser sie an den Privaten delegiert hat. Nicht ausreichend ist es dagegen, wenn eine bestimmte private Tätigkeit von einer staatlichen Genehmigung oder Konzession abhängig ist und sie nur an einen Privaten erteilt wird, so daß dieser dadurch faktisch eine Monopolstellung erlangt. Faktische Monopole sind aber keine Verwaltungsmonopole und ihre Ausübung ist keine öffentliche Verwaltung ⁴⁾.

1) Gesetz vom 4. 11. 1968 (BGBl I S. 1113).

2) A. a. O. S. 1790. Vgl. jetzt auch BGH DVBl 1974, S. 558, mit Anmerkung von Ossenbühl, a.a.O. S. 541.

3) A. a. O. S. 1791; zustimmend dazu: Hoffmann, Kommentar zum Luftverkehrsgesetz, § 6 Anm. 58; im Ergebnis ebenso Ruhwedel, Betriebsberater 1965, S. 1093, der allerdings in den Flughafen-gesellschaften beliehene Unternehmer sieht.

4) Badura, Verwaltungsmonopol, S. 190.

Für die Flughafenunternehmen mag es hier offen bleiben, ob sie eine ihnen übertragene ausschließlich-staatliche Aufgabe, d. h. eine öffentlich-rechtliche Kompetenz des Staates, oder nur eine öffentlich-rechtlich monopolisierte eigene, d. h. private Angelegenheit wahrnehmen ¹⁾. Folgt man dem Bundesgerichtshof, so sind sie Träger eines Verwaltungsmonopols. Die FLUGHAFEN-FRANKFURT (MAIN) AG ist in diesem Falle als Verwaltungsträger in Ausübung der ihr öffentlich-rechtlich übertragenen Aufgabe an die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts gebunden. Sieht man in der Tätigkeit der Flughafenunternehmen dagegen nicht die Wahrnehmung eines Verwaltungsmonopols, sondern nur die Ausübung eines auf die staatliche Anwendung öffentlich-rechtlicher Vorschriften zurückzuführendes faktisches Monopol, so sind sie - wie allgemein die Verkehrs- und Versorgungsbetriebe - jedenfalls nicht aufgrund ihrer Monopolstellung Träger öffentlicher Verwaltung.

Die hier am Beispiel der Flughafenunternehmen gezeigte Schwierigkeit, die Übertragung eines Verwaltungsmonopols auf Private von der öffentlich-rechtlich geregelten Erlaubnis oder Konzession zur Ausübung privater Angelegenheiten zu unterscheiden, läßt jedoch den Grundsatz unberührt, daß die Übertragung eines Verwaltungsmonopols auf Private diese zu Verwaltungsträgern macht und sie in Wahrnehmung der ihnen übertragenen ausschließlich-staatlichen Aufgabe öffentliche Verwaltung ausüben.

Eine AG ist somit außer im Falle der Beleihung auch immer dann Träger öffentlicher Verwaltung, wenn ihr ein Verwaltungsmonopol zur Ausübung übertragen ist.

1) Die letzte Ansicht scheint auch Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 123, zu vertreten, wenn er schreibt, daß das Luftverkehrsgesetz die Flughäfen nicht generell in Dienst genommen habe.

4. Die Aktiengesellschaft als Wahrnehmungssubjekt privater Verwaltungskompetenzen des Staates

Ein Privater wird nach den bisherigen Feststellungen immer dann zu einem Verwaltungsträger, wenn ihm durch öffentlich-rechtlichen Rechtsakt die Wahrnehmung einer öffentlich-rechtlichen Kompetenz des Staates übertragen ist. Sind ihm hoheitliche Befugnisse eingeräumt, d. h. handelt er in öffentlich-rechtlicher Rechtsform, so ist er beliehener Unternehmer; hat er eine ausschließlich-staatliche Angelegenheit wahrzunehmen, so übt er als privater Träger eines Verwaltungsmonopols öffentliche Verwaltung aus. Zu untersuchen bleibt die Wahrnehmung privater Kompetenzen des Staates durch Privatrechtssubjekte.

Unter den privaten Kompetenzen des Staates sind diejenigen Angelegenheiten zu verstehen, für die der Staat sich nicht das Monopol der Wahrnehmung vorbehalten hat und die er mit privatrechtlichen Mitteln wahrnimmt. Nur wenn der Staat eine auch-staatliche Aufgabe ¹⁾ in privatrechtlicher Form erfüllt, macht er von einer privaten Kompetenz Gebrauch. Daß dem Staat selbst eine solche Kompetenz zusteht, ist allgemein anerkannt ²⁾. Diese private Kompetenz des Staates unterscheidet sich von den entsprechenden Kompetenzen der Privatrechtssubjekte nur dadurch, daß sie nicht nur den Regelungen des Privatrechts unterliegt, sondern nach den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts ³⁾ immer dann zusätzlichen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterworfen ist, wenn die Ausübung der privaten Kompetenz zugleich auch materiell öffentliche Verwaltung ⁴⁾ ist. Das typische Beispiel hierfür ist die

1) Zum Begriff der auch-staatlichen im Gegensatz zu den ausschließlich-staatlichen Angelegenheiten vgl. oben B I.

2) Vgl. BVerfGE 12, S. 205 (246); BVerwGE 13, S. 54; vgl. vor allem auch Siebert, Festschrift für Niedermeyer, 1953, S. 215 ff., sowie Klebe, Möglichkeiten, S. 16, und Anderson, JUS 1969, S. 329.

3) Vgl. dazu grundlegend Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 II b mit Hinweisen.

4) Zur öffentlichen Verwaltung im materiellen Sinne vgl. oben § 8 B I.

staatliche Daseinsvorsorge. Daseinsvorsorge ist kein Verwaltungsmonopol¹⁾, d. h. keine ausschließlich-staatliche Angelegenheit. Daseinsvorsorge kann vielmehr auch von Privaten als private Angelegenheit betrieben werden.

Betrieibt der Staat Daseinsvorsorge in privater Rechtsform, so unterliegt er den Bindungen des Verwaltungsprivatrechts. Dies ist weitgehend unbestritten²⁾. Ungeklärt ist jedoch die Frage, ob und wie eine solche verwaltungsprivatrechtlich gebundene private Kompetenz des Staates Privatrechtssubjekten zur Wahrnehmung übertragen werden kann, mit der Folge, daß diese zu Verwaltungsträgern werden. Fest steht nach den bisherigen Ergebnissen nur, daß es für die Annahme einer solchen Verwaltungsträgerschaft nicht ausreicht, daß der Private eine für die Allgemeinheit besonders wichtige "öffentliche Aufgabe" im "öffentlichen Interesse" wahrnimmt oder eine Tätigkeit ausübt, die bei unmittelbarer Ausübung durch den Staat selbst öffentliche Verwaltung ist bzw. wäre³⁾. Bei der einführenden allgemeinen Erörterung der "Verwaltung durch Private" wurde vielmehr festgestellt, daß eine Verwaltungsträgerschaft von Privaten nur dann angenommen werden kann, wenn dem Privatrechtssubjekt die "öffentliche Aufgabe" auch als "staatliche Aufgabe" öffentlich-rechtlich zur Wahrnehmung übertragen ist. Bei der Übertragung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen auf Private konnte diesem Grundsatz ohne größere Schwierigkeiten entsprochen werden. Für die Übertragung privater Kompetenzen des Staates auf Private ergeben sich jedoch besondere Fragen, die im folgenden näher erörtert werden sollen.

1) Vgl. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 189 ff.

2) Die Kritik von Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 97 und S. 122, sowie in JUS 1970, S. 332 (335) liegt davor; sie richtet sich bereits gegen den Begriff der Daseinsvorsorge.

3) Vgl. dazu oben § 8 B I.

a) Die Zulässigkeit der Übertragung privater Kompetenzen des Staates auf Private

Die Übertragung staatlicher Kompetenzen auf Private wird allgemein als zulässig angesehen, soweit es sich um hoheitliche Befugnisse, d. h. öffentlich-rechtliche Kompetenzen des Staates handelt. Nach vorherrschender Ansicht wird die grundsätzliche Möglichkeit zur Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Private nur begrenzt durch das Erfordernis des Art. 20 Abs. 2 GG, wonach die "vollziehende Gewalt" durch "besondere Organe" ausgeübt wird ¹⁾ und durch den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG, wonach die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in der Regel Beamten zu übertragen ist ²⁾.

Wenn aber bereits hoheitliche Befugnisse in bestimmtem Umfang auf Private übertragen werden können, so wird man gegen die Übertragung privater Kompetenzen des Staates auf Private zumindest innerhalb der gleichen Grenzen erst recht keine Einwände erheben können. Behandelt man bei den genannten Vorschriften die Wahrnehmung der privaten staatlichen Kompetenz mit der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse, d. h. öffentlich-rechtlicher Kompetenzen gleich ³⁾, so wird bereits hieran deutlich, daß die Übertragung privater staatlicher Angelegenheiten auf Private wenigstens in dem gleichen Umfang zulässig ist, wie die Übertragung von öffentlich-rechtlich begründeten staatlichen Angelegenheiten.

Auch unter Berücksichtigung der beteiligten Interessen ergeben sich gegen die Zulässigkeit einer solchen Übertragung keine Be-

1) Vgl. zu den sich daraus ergebenden Grenzen Ossenbühl, VVDStRL 29, S. 159, sowie von Mangoldt-Klein, S. 596. Zum Verbot der Ausschaltung verfassungsrechtlich vorgesehener Verwaltungsbehörden vgl. Boergen, DVBl 1971 S. 877.

2) Vgl. Brohm, Strukturen, S. 215; Ossenbühl, a.a.O. S. 161, jeweils mit weiteren Hinweisen.

3) So z. B. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 33 Rdnr. 33.

denken. Stellt nämlich die Wahrnehmung der privaten staatlichen Kompetenz materiell öffentliche Verwaltung dar, so ist sie unabhängig davon öffentliche Verwaltungstätigkeit, ob der Staat sie selbst oder ein Privater sie als staatliche Aufgabe erfüllt. Der von der Tätigkeit betroffene außenstehende Dritte steht sich in beiden Fällen gleich. Er hat immer mit einem zwar in privater Form handelnden, aber doch öffentlich-rechtlich gebundenen Verwaltungsträger zu tun.

Im übrigen entspricht die Erweiterung des Kreises der privaten Verwaltungsträger auf solche Privatrechtssubjekte, die eine private staatliche Kompetenz wahrnehmen, der Entwicklung der Verwaltungsrechtslehre: Waren die privatrechtlichen organisierten Verwaltungsträger bisher auf die Beliehenen beschränkt, denen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben hoheitliche Rechte übertragen worden sind, so muß dieser Kreis der Verwaltungsträger erweitert werden, weil die öffentliche Verwaltung nicht mehr länger auf die hoheitliche, öffentlich-rechtliche Rechtsform beschränkt ist ¹⁾.

Ist demnach die Übertragung privater Kompetenzen des Staates auf Private grundsätzlich zulässig, so stellt sich die Frage nach den Voraussetzungen für eine solche Übertragung und der Art und Weise, wie sie erfolgen kann. Bei den einführenden allgemeinen

1) Siedentopf, Grenzen, S. 68; im Anschluß an ihn ebenso Klein, Teilnahme, S. 87 und S. 209; vgl. auch Bachof, AöR 83 (1958), S. 233 f., Labus, Der Gleichheitssatz, S. 188, sowie Ossenhühl, DVBl 1974, S. 541; vgl. dazu auch § 24 Abs. 2 Landesverwaltungsgesetz von Schleswig-Holstein:

"Eine Übertragung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung (auf natürliche und juristische Personen des Privatrechts) zur Erledigung in Handlungsformen des privaten Rechts ist zulässig, sofern

1. die Aufgabe von dem übertragenden Träger der öffentlichen Verwaltung auch in den Handlungsformen des privaten Rechts erfüllt werden darf,
2. die Zuständigkeit einer Behörde nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist und
3. die Eigenart der Aufgabe oder ein überwiegendes öffentliches Interesse der Übertragung nicht entgegensteht."

Erörterungen über die "Verwaltung durch Private" wurde bereits hervorgehoben, daß Voraussetzung für die Annahme einer Verwaltungsträgerschaft von Privaten ein öffentlich-rechtlicher Übertragungsakt ist, durch den der Private verpflichtet und berechtigt wird, eine staatliche Angelegenheit wahrzunehmen. Als solche Übertragungsakte kommen Gesetz, Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlicher Vertrag in Betracht.

b) Die gesetzliche Übertragung privater Verwaltungsaufgaben des Staates auf Private

Unter Anwendung der bisher erarbeiteten allgemeinen Grundsätze muß ein Privatrechtssubjekt auch dann als Träger öffentlicher Verwaltung angesehen werden, wenn ihm durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eine private Kompetenz des Staates zur Wahrnehmung übertragen ist, d. h. wenn er gesetzlich verpflichtet und berechtigt ist, eine auch-staatliche Aufgabe mit privatrechtlichen Mitteln zu erfüllen und es sich bei dieser auch-staatlichen Aufgabe zugleich um materielle Verwaltungstätigkeit, z. B. um Daseinsvorsorge handelt. Eine solche gesetzliche Übertragung privater Verwaltungsaufgaben des Staates auf Private hat mit der ebenfalls auf gesetzlicher Grundlage erfolgenden Beleihung gemeinsam, daß hier wie dort von dem Privaten eine auch-staatliche Angelegenheit wahrgenommen wird bzw. wahrgenommen werden kann¹⁾. Der so verpflichtete Private unterscheidet sich von dem beliebigen Unternehmer aber dadurch, daß er nicht in öffentlich-rechtlicher Rechtsform, sondern privatrechtlich handelt. Von dem gleichfalls gesetzlich verpflichteten privaten Träger eines Verwaltungsmonopols unterscheidet er sich dagegen dadurch, daß er keine ausschließlich-staatliche, sondern nur eine auch-staatliche Aufgabe erfüllt. Dafür hat er mit diesem

1) Die Beleihung setzt nicht voraus, daß dem Privaten eine ausschließlich-staatliche Aufgabe übertragen wird, sondern verlangt nur, daß ihm zur Durchführung der Aufgabe hoheitliche Befugnisse eingeräumt sind.

wiederum gemeinsam, daß beide in privater Rechtsform handeln bzw. handeln können ¹⁾. Der gesetzlich verpflichtete private Träger einer privaten Verwaltungsaufgabe des Staates ist demnach die logische Zwischen- oder Ergänzungsstufe zu dem beliehenen Unternehmer und dem privaten Träger eines Verwaltungsmonopols. Er vereinigt in sich Elemente, die jeweils ein Wesensmerkmal der beiden anderen Formen der privaten Verwaltungsträgerschaft ausmachen. Was jeweils als einzelnes Merkmal zulässig ist, kann in der Kombination aber nicht unzulässig werden. Auch durch diesen Vergleich bestätigt sich somit die grundsätzliche Zulässigkeit der Übertragung privater Verwaltungskompetenzen des Staates auf Private.

Praktische Beispiele für diese Zwischenstufe der gesetzlich begründeten Verwaltungsträgerschaft finden sich allerdings selten. Dies hat seine Hauptursache darin, daß der Bereich der Daseinsvorsorge, in dem Private tätig sind und wo eine solche gesetzlich begründete Verwaltungsträgerschaft bedeutsam werden könnte, vom Gesetzgeber bereits vielfach in dem Sinne geregelt ist, daß der hier tätige Private im öffentlichen Interesse weitgehenden öffentlich-rechtlichen Bindungen unterworfen wird. Diese öffentlich-rechtlichen Bindungen privater Tätigkeiten im Bereich der Daseinsvorsorge reichen vielfach aus, das öffentliche Versorgungsinteresse zu erfüllen und die Übernahme dieser daseinssichernden Aufgabe durch den Staat von diesem nicht als notwendig erachtet wird. Typische Beispiele hierfür sind das Energieversorgungs- und das Personenbeförderungsrecht. Trotz der weitgehenden Regelungen des Energieversorgungsgesetzes und des Personenbeförderungsgesetzes ²⁾ kann man aus diesen Gesetzen nicht schließen, daß der Staat den privaten Energieversorgungsträgern damit eine staatliche Kompetenz übertragen wollte, die diese mit privatrechtlichen

1) Zur (verwaltungs-)privatrechtlichen Handlungsweise des Monopolträgers vgl. oben § 8 B II 3.

2) Vgl. dazu oben § 7 C I und II; vgl. auch die zusammenfassende Darstellung bei Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 35 ff.

Mitteln wahrzunehmen haben. Energieversorgung und Personenbeförderung ist keine dem Staat vorbehaltene Aufgabe, sondern eine Angelegenheit, die von Privaten als private Kompetenz unter weitgehenden öffentlich-rechtlichen Bindungen wahrgenommen werden kann. Ein privates Energieversorgungs- oder Verkehrsunternehmen ist also nicht allein deswegen Verwaltungsträger, weil es unter den strengen öffentlich-rechtlichen Bindungen dieser Gesetze zu arbeiten hat.

Als gesetzlich verpflichtete Träger einer privaten Verwaltungsaufgabe des Staates sind aber die bereits in früherem Zusammenhang erwähnten Bankgesellschaften zu nennen ¹⁾, denen durch Gesetz Aufgaben der Subventionsverwaltung übertragen sind. Die INDUSTRIEKREDIT-BANK AG ist durch das "Investitionshilfegesetz" ²⁾, die DEUTSCHE BAU- UND BODENBANK AG durch das "Zweite Wohnungsbaugesetz" ³⁾ und die BERLINER INDUSTRIEBANK AG durch die jährlichen "ERP-Wirtschaftsplangesetze" ⁴⁾ mit der Abwicklung der in diesen Gesetzen begründeten staatlichen Subventionsvergabe betraut. Da sie nicht selbst über das "Ob" der Subventionsvergabe entscheiden und insofern auch nicht öffentlich-rechtlich handeln, sind sie keine beliebigen Unternehmen ⁵⁾. Die erwähnten Banken sind nur auf der zweiten Stufe der Subventionsvergabe tätig. Da aber auch die Abwicklung der Subventionierung Ausübung öffentlicher Verwaltung ist ⁶⁾, hier aber regelmäßig in privater Rechtsform gehandelt wird, kommen die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts zur Anwendung ⁷⁾.

1) Vgl. oben § 8 B II 2.

2) Gesetz vom 7. Januar 1952, BGBl I S. 7 ff.

3) Gesetz vom 27. Juni 1956, BGBl I.

4) Vgl. das "ERP-Wirtschaftsplangesetz 1972" vom 24. April 1972, BGBl I S. 667.

5) Der INDUSTRIEKREDITBANK-AG ist darüber hinaus durch das "Investitionshilfe-Schlußgesetz" zusätzlich auch die Vergabe von Subventionen übertragen. Insoweit ist sie beliehenes Unternehmen, vgl. oben § 8 D II 2.

6) Vgl. Schröder, JUS 1969, S. 26.

7) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht III, § 154 VI 2.

Die INDUSTRIEKREDIT-BANK AG, die BAU- UND BODENBANK AG und die BERLINER INDUSTRIEBANK AG sind gesetzlich mit der Abwicklung von Subventionen betraut. Ihnen ist damit die Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe gesetzlich übertragen. Da diese Aufgabe in privater Rechtsform erfüllt wird, sind sie Träger einer privaten Verwaltungsaufgabe des Staates und in Wahrnehmung dieser Aufgabe an die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts gebunden.

- c) Die Übertragung privater Verwaltungsaufgaben durch Verwaltungsakt ohne gesetzliche Ermächtigung

Nach der hier vertretenen Auffassung setzt die Übertragung einer staatlichen Kompetenz auf Private einen öffentlich-rechtlichen Übertragungsakt voraus, der im Falle öffentlich-rechtlicher Kompetenzen einer gesetzlichen Grundlage bedarf und im Falle privater Kompetenzen zumindest durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen kann. Fraglich ist, ob die bisher festgestellte Möglichkeit der Übertragung privater Verwaltungsaufgaben des Staates auf Private durch oder aufgrund eines Gesetzes ergänzt werden kann durch eine gesetzesfreie öffentlich-rechtliche Übertragung in Form eines Verwaltungsaktes.

- aa) Die Zulässigkeit gesetzesfreier Übertragung privater Verwaltungsaufgaben auf Private

Für die Übertragung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen auf Private ergab sich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung aus dem Vorbehalt des Gesetzes, da die Wahrnehmung obrigkeitlicher Befugnisse durch den Beliehenen und die Begründung eines Verwaltungsmonopols die Freiheits- und Eigentumsrechte der Bürger beeinträchtigen ¹⁾. Im Falle der schlicht-hoheitlichen Befugnisse wurde das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für eine Übertragung dieser Befugnisse allgemein damit begründet, daß je-

1) Vgl. dazu oben § 8 B II 2 und § 8 B II 3 sowie die dort angegebenen Hinweise.

des Ausscheiden von Hoheitsrechten aus der unmittelbaren staatsbehördlichen Verwaltung, das einen Privaten dazu ermächtigt, in öffentlich-rechtlicher Rechtsform zu handeln, nur in Gesetzesform erfolgen kann ¹⁾.

Alle diese Begründungen treffen für die Übertragung privater Kompetenzen des Staates auf Private nicht zu. Der private Träger einer privaten Verwaltungsaufgabe greift weder in Freiheit und Eigentum der Bürger ein, noch handelt er in öffentlich-rechtlicher Rechtsform. Diese im Verhältnis Verwaltungsträger - Bürger begründeten rechtsstaatlichen Gesichtspunkte werden jedoch ergänzt durch eine demokratische Komponente im Bereich der innerstaatlichen Zuständigkeitsverteilung ²⁾. Es ist ein Gebot der Demokratie, daß alle politisch bedeutsamen Entscheidungen, insbesondere auch diejenigen staatsorganisatorischer Art, vom Parlament zu treffen sind ³⁾. "Vollgewichtige Institutionen" des Staates müssen daher vom Gesetzgeber geschaffen werden ⁴⁾. Diese demokratische Beschränkung exekutiver Selbstorganisation muß auch für die staatliche Gründung von privatrechtlichen Verwaltungsträgern bzw. für die Übertragung privater Verwaltungsaufgaben auf bestehende Privatrechtssubjekte gelten ⁵⁾. Die bei diesem Grundsatz verbleibende Organisationsgewalt der Exekutive beschränkt sich demnach auf "politisch weniger bedeutsame Organisationen" ⁶⁾. Im Gemeinderecht gilt diese Einschränkung wegen der besonderen Organisationsgewalt der Gemeinden allerdings nicht ⁷⁾.

1) Vgl. dazu oben § 8 B II 2 sowie Forsthoff, Lehrbuch, S. 405.

2) Vgl. Ossenbühl, VVDStRL 29, S. 172

3) Ossenbühl, a.a.O., unter Hinweis auf Maunz-Dürig-Herzog, Art. 86 Rdnr. 17, und Smend, Verfassung und Verfassungsrecht,

5) Vgl. den Bockelmann, Organisationsgewalt, S. 96 ff., sowie Ossenbühl, a.a.O., unter ausdrücklichem Bezug auf Aktiengesellschaften.

6) Was "politisch bedeutsame" Organisationen sind, ist sicherlich nicht immer einfach zu ermitteln, kann hier jedoch offenbleiben, da im vorliegenden Zusammenhang nur die grundsätzliche Feststellung von Bedeutung ist.

7) Ossenbühl, a.a.O. S. 174; zur besonderen Organisationsgewalt der Gemeinden vgl. auch Scholz, Öffentliche Einrichtungen, S. 202.

Auch bei Anwendung dieses demokratisch begründeten Gesetzesvorbehalts gibt es somit Fälle, in denen die Exekutive ohne gesetzliche Ermächtigung Privatrechtssubjekten staatliche Kompetenzen übertragen kann. Insoweit kommt man auch bei Anerkennung dieses demokratischen Gesetzesvorbehalts zu den gleichen Ergebnissen wie die Vertreter eines nur rechtsstaatlich begründeten Gesetzesvorbehalts, die bei der Übertragung privater Kompetenzen des Staates auf Private für den öffentlich-rechtlichen Übertragungsakt allgemein keine besondere gesetzliche Grundlage verlangen ¹⁾, sondern "irgendeinen hoheitlichen Akt" ausreichen lassen ²⁾ oder aber das Haushaltsgesetz als ausreichende Legitimation ansehen ³⁾.

Somit kann festgestellt werden, daß nach allgemeiner Ansicht jedenfalls die politisch weniger bedeutsamen Organisationsakte der Exekutive, durch die private Verwaltungsaufgaben des Staates auf Privatrechtssubjekte übertragen werden, sowie entsprechende Übertragungsakte der Gemeinden keinem Gesetzesvorbehalt unterliegen, sondern auch in Form von gesetzesunabhängigen Verwaltungsakten erfolgen können. Wie diese kompetenzübertragenden Verwaltungsakte im einzelnen auszusehen haben, soll im folgenden am Beispiel der Verpflichtung von Aktiengesellschaften näher untersucht werden.

bb) Voraussetzungen und Möglichkeiten der Delegation privater Verwaltungsaufgaben durch gesetzesfreien Verwaltungsakt

Die öffentlich-rechtliche Übertragung staatlicher Kompetenzen auf Private berechtigt und verpflichtet diese, eine bestimmte staatliche Angelegenheit wahrzunehmen. Durch die Kompetenzübertragung

1) So Thieme, VVDStRL 29, S. 267 (Diskussionsbeitrag); vgl. auch VG München, Urteil vom 21. 3. 1956, zitiert bei Kopp, DVBl 1970, S. 727.

2) So anscheinend das Bundesverwaltungsgericht in DVBl 1970 S. 735; vgl. auch Wenger, Öffentliche Unternehmen, S. 545.

3) So Kopp, DVBl 1970, S. 727, unter Hinweis auf BVerfGE 8 S. 155.

werden ihnen öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegt, die ihre Freiheitsrechte einschränken. Ob sie als Bank zum Kuponsteuerabzug¹⁾ als Mineralölgesellschaft zur Bevorratung²⁾ bzw. als Verkehrs- oder Versorgungsunternehmen dem Staat gegenüber zur Wahrnehmung einer daseinssichernden staatlichen Aufgabe verpflichtet werden, in jedem Falle wird ihre grundrechtlich geschützte Rechtsposition beeinträchtigt, was ohne Zustimmung der verpflichteten Privaten nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen kann³⁾. Bei der Übertragung staatlicher Kompetenzen spielt der Gesetzesvorbehalt demnach in doppelter Hinsicht eine Rolle. Er kommt sowohl zur Anwendung, wenn die Rechte von außenstehenden Dritten berührt werden, als auch dann, wenn ein Privatrechtssubjekt verpflichtet wird, als Träger öffentlicher Verwaltung eine Verwaltungsaufgabe wahrzunehmen.

Für die Übertragung privater Verwaltungskompetenzen des Staates auf Private durch gesetzesfreien Verwaltungsakt folgt daraus, daß dieser öffentlich-rechtliche Übertragungsakt der Zustimmung des betroffenen Privaten bedarf. Er ist nur denkbar als "Verwaltungsakt auf Unterwerfung"⁴⁾. Die durch einen solchen Verwaltungsakt angeordnete Rechtsfolge wird auch ohne eine gesetzliche Ermächtigung allein durch die Zustimmung des Verpflichteten wirksam. Ein gesetzesfreier Verwaltungsakt auf Unterwerfung begründet demnach dann eine Verwaltungsträgerschaft von Privatrechtssubjekten, wenn der Staat dadurch eine eigene Aufgabe an den Privaten delegiert und dieser sich mit der Übernahme der Verwaltungsaufgabe einverstanden erklärt. Der ideale Übertragungsakt hat demzufolge so auszu-sehen: "Dem Privaten X wird hiermit die Aufgabe Y als staatliche Aufgabe zur eigenen Wahrnehmung übertragen." In Form von Gesetzen konnte ein solcher Übertragungsakt mehrfach festgestellt wer-

1) Vgl. BVerfGE 22, S. 380.

2) Vgl. BVerfG NJW 1971, S. 1255.

3) Zu den Grenzen der gesetzlichen Indienstnahme vgl. die angegebene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sowie oben § 6 B I und II.

4) Vgl. dazu Wolff, Verwaltungsrecht I, § 48 II.

den ¹⁾, als gesetzesunabhängiger Verwaltungsakt auf Unterwerfung tritt diese Idealform jedoch bei keinem der untersuchten Beispiele in Erscheinung. Für die Annahme einer Delegation von Verwaltungsaufgaben auf Private ist eine solche Idealform aber auch nicht notwendig. Ähnlich wie bei der Widmung ²⁾ wird man es auch hier als ausreichend ansehen müssen, wenn das die Zweckbestimmung bewirkende staatliche Handeln konkludent erfolgt ³⁾.

Eine durch konkludentes Handeln bewirkte Delegation von Verwaltungskompetenzen des Staates auf Private kann bei Aktiengesellschaften dann angenommen werden, wenn eine Aktiengesellschaft unter Mitwirkung des Staates eine erkennbar staatliche Aufgabe wahrnimmt. Da die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben mehr ist als die Erfüllung von nur "öffentlichen Aufgaben" ⁴⁾, reicht es nicht aus, wenn eine AG unter Mitwirkung des Staates Daseinsvorsorge betreibt ⁵⁾; es muß vielmehr auch erkennbar sein, daß es sich dabei um staatliche Daseinsvorsorge handelt. Dies kann bei Fehlen eines ausdrücklichen Übertragungsaktes nur aus dem Zweck der Gesellschaft hergeleitet werden. Die Satzung der AG muß bestimmen, daß die Gesellschaft eine bestimmte Tätigkeit "als staat-

1) Vgl. dazu die in den vorangegangenen Abschnitten aufgeführten Beispiele.

2) Vielfach wird eine solche Verpflichtung von Privaten ausdrücklich auch als "Widmung" angesehen. Vgl. dazu insbesondere Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 195, sowie Klein, Teilnahme, S. 90, und Siedentopf, Grenzen, S. 68.

3) Zur Widmung durch konkludentes Handeln vgl. schon PrOVGE 94 S. 145; vgl. auch OVG-Lüneburg DVBl 1964, S. 365; Kottenberg-Rehn, Anm. zu § 18; Muntzke-Schlempp, Anm. IV 2 zu § 19; Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 195.

4) Zum Unterschied von "staatlichen" und "öffentlichen" Aufgaben vgl. oben § 8 B.

5) Insoweit hat Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 II, Recht, wenn er ausführt: "Juristische Personen des Privatrechts, z. B. eine AG, sind allerdings auch dann nicht Träger öffentlicher Verwaltung, wenn ein Träger öffentlicher Verwaltung, z. B. eine Gemeinde, durch sie materiell öffentliche Angelegenheiten wahrnimmt". So richtig diese Feststellung auch ist, so schließt sie jedoch nicht aus, daß eine Daseinsvorsorge betreibende AG bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen doch zum Verwaltungsträger werden kann.

liche Aufgabe", "für den Staat" oder "anstelle des Staates" erfüllt. Allein eine solche Satzungsbestimmung vermag indessen noch nicht eine Verwaltungsträgerschaft der AG zu begründen. Hinzu kommen muß, daß der Staat, für den die Gesellschaft handeln will, in die Übernahme der staatlichen Aufgabe durch die AG einwilligt. Eine solche Einwilligung bringt der Staat konkludent zum Ausdruck, wenn er sich an der Gründung einer AG beteiligt, für die ein entsprechender Gesellschaftsvertrag vereinbart wird, oder aber dadurch, daß er als Mitaktionär einer bestehenden AG an einer entsprechenden Satzungsänderung mitwirkt. Diese konkludent zum Ausdruck gebrachte staatliche Einwilligung bewirkt die Delegation einer staatlichen Aufgabe auf ein Privatrechtssubjekt, sie ist daher ein öffentlich-rechtlicher Organisationsakt. Weitere Voraussetzungen für die Annahme einer Verwaltungsträgerschaft sind auf Seiten des Staates nicht erforderlich. Insbesondere kommt es nicht darauf an, daß dem Staat besondere Auskunfts-, Weisungs- und Kontrollrechte eingeräumt sind ¹⁾. Der Staat mag zwar gehalten sein, sich nur dann an Aktiengesellschaften zu beteiligen bzw. seinen Organisationsbereich zu erweitern, wenn ihm solche Sonderrechte zugestanden werden ²⁾, für die Begründung einer Verwaltungsträgerschaft ist dies jedoch nicht entscheidend. Solche besonderen staatlichen Befugnisse können allenfalls als Indiz dafür dienen, daß staatliche Kompetenzen übertragen worden sind, selbst übertragen sie aber solche Kompetenzen nicht ³⁾.

Auf Seiten des Privaten setzt die Delegation staatlicher Aufgaben durch gesetzesfreien Verwaltungsakt seine Zustimmung voraus. Für eine durch Verwaltungsakt auf Unterwerfung verpflichtete Ak-

1) So aber Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 195; Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 46; vgl. auch Brohm, Strukturen, S. 197. Auch kann in einer öffentlich-rechtlichen Betriebspflicht allein nicht ein solcher Delegationsakt liegen; so aber Ruhwedel, Betriebsberater 1965, S. 1093.

2) Vgl. § 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO.

3) Vgl. BVerfGE 15 S. 46 sowie Klein, Teilnahme, S. 204; vgl. auch Peters, Festschrift für Nipperdey, S. 885.

tiengesellschaft muß diese Zustimmung in Form eines einstimmigen Beschlusses aller Gesellschafter erfolgen. Durch die Übertragung einer staatlichen Aufgabe verfolgt die AG nicht mehr nur eine private - in der Regel erwerbswirtschaftliche - Zielsetzung, sondern ausschließlich oder daneben einen staatlichen Verwaltungszweck¹⁾. Die durch die Delegation der staatlichen Aufgabe erfolgte öffentliche Zwecksetzung einer AG ändert bzw. ergänzt demnach ihren Gesellschaftszweck. Die Zustimmung einer AG zur Übernahme einer staatlichen Aufgabe führt demnach zur Zweckänderung der Gesellschaft. Zweckändernde Beschlüsse bedürfen aber der Zustimmung aller Gesellschafter²⁾. Dieser schon allgemein im Aktienrecht gültige Grundsatz wird im Falle der Übertragung einer staatlichen Aufgabe auf eine AG noch bestätigt durch die Überlegung, daß mit der übertragenen staatlichen Aufgabe zugleich auch eine besondere öffentlich-rechtliche Pflichtenstellung der AG insgesamt begründet wird. Dies trifft aber nicht nur für die regelmäßig bei der Übertragung der Verwaltungsaufgabe ausdrücklich festgelegten Pflichten wie Betriebspflicht, Kontrahierungszwang, Auskunftspflicht etc. zu, sondern auch für die ohne ausdrückliche Regelung gültige öffentliche Pflichtenstellung, wie z. B. die Bindung an die Grundrechte. Diese besondere öffentliche Pflichtenstellung begrenzt nicht nur die Autonomie der Gesellschaft, sondern auch die grundrechtlich geschützte Stellung der einzelnen Aktionäre, indem sie zusätzlich zu den allgemein gültigen öffentlich-rechtlichen Bindungen insbesondere das in der Aktie verkörperte Eigentum sowie die Berufsfreiheit und die Handlungsfreiheit der einzelnen Aktionäre³⁾ noch weiteren,

1) Erwerbswirtschaftliche und öffentliche Zwecksetzung schließen sich nicht aus, vgl. BVerwG JUS 1972, S. 596 (597); vgl. auch BGH NJW 1972, S. 95, sowie Wolff, Verwaltungsrecht II, § 98 II, wonach die kommunalen Eigenbetriebe der Daseinsvorsorge "Gewinne mitnehmen" dürfen.

2) Vgl. dazu oben § 3 C II 4.

3) Zur grundrechtlich geschützten Rechtsposition der einzelnen Aktionäre vgl. oben § 6 B II.

besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterwirft. Wenn aber nicht nur Freiheit und Eigentum der Gesellschaft, sondern auch Freiheit und Eigentum der einzelnen Aktionäre durch die bewirkte besondere öffentlich-rechtliche Pflichtenstellung beeinträchtigt werden, so ist auch die Zustimmung jedes einzelnen so beeinträchtigten Aktionärs notwendig. Das Aktiengesetz gibt keinem Gesellschaftsorgan der AG das Recht, mit Mehrheit besondere öffentlich-rechtliche Pflichten für die Gesellschaft und ihre Aktionäre zu begründen. Die Übertragung einer staatlichen Verwaltungsaufgabe durch gesetzesfreien Verwaltungsakt setzt somit auf Seiten der AG die Zustimmung aller Aktionäre voraus ¹⁾.

Eine AG ist somit auch immer dann Träger öffentlicher Verwaltung, wenn ihr durch Verwaltungsakt die Wahrnehmung einer privaten Verwaltungsaufgabe des Staates übertragen ist und sie selbst und alle ihre Aktionäre dieser Übertragung zugestimmt haben. Der für die Begründung dieser Verwaltungsträgerschaft notwendige öffentlich-rechtliche Übertragungsakt kann durch konkludentes Handeln seitens des Staates erfolgen. Dies ist immer dann der Fall, wenn sich eine AG unter Mitwirkung des Staates die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe zum Gesellschaftszweck gesetzt hat. Praktische Beispiele für diese besondere Form der Verwaltungsträgerschaft von Aktiengesellschaften konnten allerdings in einer solchen eindeutigen Form nicht festgestellt werden. Regelmäßig fehlt es an einem ausdrücklichen Hinweis darauf, daß die Tätigkeit der Gesellschaft als Erfüllung einer staatlichen Aufgabe angesehen werden soll. In Ermangelung eines solchen ausdrücklichen Hinweises wird man es jedoch für die Annahme, daß Zweck der Gesellschaft die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe sein soll, ausreichen lassen, wenn die Satzung als Gesellschaftszweck bestimmt:

1) Vgl. dazu auch Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 175 f., und Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 198 f.

- "Die FINAG ¹⁾ verfolgt ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne der Gemeinnützigkeitsverordnung vom 24. 12. 1953. Sie dient dem allgemeinen Nutzen, insbesondere durch die Übernahme von Bürgschaften im eigenen Namen sowie durch die Verwaltung von Bürgschaften und Krediten und Durchführung von Finanzgeschäften im treuhänderischen Auftrag der Landesregierung von Rheinland-Pfalz, die im allgemeinen öffentlichen Interesse liegen und deren gesamtwirtschaftlicher Zweck ohne eine solche besondere Unterstützung nicht verwirklicht werden kann" ²⁾,
- "die Versorgung des gesamten Gebietes der Freien und Hansestadt Hamburg mit elektrischer Energie und Wärme unter der sich danach ergebenden Berücksichtigung der öffentlichen Interessen" ³⁾,
- "die Erzeugung und der Vertrieb von Elektrizität und Fernwärme, insbesondere zur Versorgung Berlins" ⁴⁾

und in diesem Falle zusätzlich noch bestimmt ist, daß

- "die Gesellschaft das ausschließliche Recht und die Verpflichtung zur Versorgung der Stadt Berlin mit elektrischer Energie"

hat ⁵⁾.

Wenn eine AG sich in ihrer Satzung wirksam, d. h. mit Zustimmung aller Aktionäre dazu verpflichtet, eine bestimmte daseins-

1) Vgl. Anhang Nr. 4.

2) Nach Handbuch der AG 72/73.

3) § 2 der Satzung der HAMBURGISCHEN-ELECTRICITÄTS-WERKE AG.

4) § 3 der Satzung der BERLINER KRAFT- UND LICHT (BEWAG) AG.

5) § 20 der Satzung der BEWAG.

vorsorgende Tätigkeit in einem bestimmten Gebiet unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen wahrzunehmen, so wird man daraus schließen können, daß damit nicht nur der Tätigkeitsbereich der Gesellschaft und ein Erfüllungsmodus für eine eigene private Zwecksetzung der Aktiengesellschaft umschrieben werden soll, sondern daß damit zugleich die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe angezeigt wird. Kommt eine solche öffentliche Zwecksetzung unter Mitwirkung des Staates zustande, so wird damit zugleich zum Ausdruck gebracht, daß der Staat in die Übernahme der staatlichen Aufgabe durch die AG eingewilligt hat. Durch diese Einwilligung wird die staatliche Aufgabe konkludent an die AG delegiert. Sie wird dadurch zum Verwaltungsträger.

Unterstellt man die hier wiedergegebenen Satzungsbestimmungen der "Bewag" und der "HEW" als gültig ¹⁾, so sind diese Gesellschaften demnach Träger öffentlicher Verwaltung. Sie nehmen aufgrund einer konkludent erfolgten staatlichen Delegation eine staatliche Verwaltungsaufgabe wahr ²⁾. Da sie in privater Rechtsform handeln, unterliegen sie den Bindungen des Verwaltungsprivatrechts.

In den Fällen, in denen weder ausdrücklich noch in einer den hier wiedergegebenen Beispielen entsprechenden Form zum Ausdruck kommt, daß die AG sich unter staatlicher Mitwirkung als Gesellschaftszweck die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe gesetzt hat, ist sie auch dann grundsätzlich kein Verwaltungsträger, wenn sie daseinsvorsorgende "öffentliche Aufgaben" erfüllt. Solange nicht klar erkennbar ist, daß die "öffentliche Aufgabe" auch als "staatli-

1) Selbst wenn die Zwecksetzung nicht wie erforderlich durch einstimmigen Beschluß der Hauptversammlung erfolgte, ist die dann gegebene Nichtigkeit des Beschlusses durch Ablauf der Anfechtungsfrist nach § 242 Abs. 2 AktG geheilt worden.

2) Bei beiden Gesellschaften kommen weitere, vertraglich begründete Verpflichtungen hinzu. Aber auch ohne diese Verträge sind sie allein schon aufgrund der unter staatlicher Mitwirkung zustande gekommenen Zwecksetzung Verwaltungsträger.

che Aufgabe", "anstelle des Staates" oder "für den Staat" wahrgenommen wird, liegt auch nicht die für die Begründung einer Verwaltungsträgerschaft erforderliche Delegation staatlicher Aufgaben auf Private vor.

Nicht ausreichend ist es daher, wenn die Satzung einer AG mit staatlicher Kapitalbeteiligung bestimmt, daß die Gesellschaft eine

- "sichere und vorteilhafte Versorgung der Bevölkerung mit elektrischem Strom" ¹⁾

bezweckt oder daß Gegenstand des Unternehmens

- "der Erwerb, der Bau und der Betrieb von Straßen- und Kleinbahnen sowie die Beförderung von Personen und Gütern mit Kraftfahrzeugen oder anderen Verkehrsmitteln" ²⁾

ist.

Von diesem Grundsatz der durch die Satzungsbestimmungen klar zum Ausdruck kommenden Delegation einer staatlichen Aufgabe wird man allerdings bei den staatlichen Eigengesellschaften eine Ausnahme machen können bzw. auch machen müssen. Bei den vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand stehenden Aktiengesellschaften erübrigt sich ein besonderer satzungsrechtlicher Hinweis darauf, daß ihre funktionell der Daseinsvorsorge zuzurechnende Tätigkeit zugleich auch die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe sein soll. Betreibt der Staat selbst Daseinsvorsorge, so handelt es sich nach h. M. ³⁾ immer um öffentliche Verwaltung. Gründet er eine AG, an der er alle Kapitalanteile hält, um ihr eine da-

1) § 2 der Satzung der PREUSSISCHEN ELEKTRIZITÄTS-AG.

2) § 2 Abs. 2 der Satzung der HANNOVERSCHE VERKEHRSBETRIEBE (ÜSTRA) AG.

3) Vgl. oben § 8 A.

seinsvorsorgende Tätigkeit zu übertragen, so ist, auch wenn dies nicht ausdrücklich erklärt wird, davon auszugehen, daß die Leistungen der AG als staatliche Daseinsvorsorge erbracht werden sollen. Eine solche Annahme ist deshalb gerechtfertigt, weil einerseits die staatliche Gestaltungsfreiheit und die Benutzung privatrechtlicher Gestaltungsmittel vom Staat nicht dazu benutzt werden dürfen, sich seiner öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu entledigen¹⁾. Andererseits stehen bei den Eigengesellschaften im Gegensatz zu den gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften mit privater Beteiligung einer solchen Annahme auch keine Rechte der Aktiengesellschaft oder der privaten Aktionäre gegenüber. Bei den Eigengesellschaften führt die stillschweigende Gleichsetzung von "öffentlicher" und "staatlicher" Aufgabe nicht zu der befürchteten Verstaatlichung der Privatsphäre. Bei der staatlichen Eigengesellschaft wird durch die Delegation einer staatlichen Aufgabe nur die Aktiengesellschaft selbst und der staatliche Aktionär, aber kein sonstiger Privater öffentlich-rechtlichen Bindungen unterworfen. Da der daseinsvorsorgende Staat aber ohnehin öffentlich-rechtlich gebunden ist und die Aktiengesellschaft selbst sich gegenüber dem Verhalten ihrer Gesellschafter nicht auf öffentliche Rechte berufen kann²⁾, steht der Übertragung staatlicher Aufgaben auf eine staatliche Eigengesellschaft kein Hindernis entgegen. Da dem staatlichen Aktionär in einer Eigengesellschaft wegen seiner hundertprozentigen Kapitalbeteiligung auch die Zwecksetzungsbefugnis zusteht, er somit auch die Möglichkeit hat, nach eigenem Ermessen als Gesellschaftszweck ausdrücklich die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe zu bestimmen, ist er somit in keiner Weise rechtlich gehindert, die der Eigengesellschaft übertragene Aufgabe als staatliche Verwaltungsaufgabe zu deklarieren. Wenn der Staat selbst Daseinsvorsorge aber nur als öffentliche Verwaltung betreiben kann und sich durch die Wahl seiner Gestaltungsmittel nicht seiner öffentlich-rechtlichen Pflichtenstel-

1) Vgl. BVerwG DVBl 1971, S. 111; Klein, Teilnahme, S. 25, und Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23, sowie Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 133, jeweils mit weiteren Hinweisen.

2) Vgl. oben § 6 B I 2.

lung entziehen darf, so muß davon ausgegangen werden, daß er unter Beachtung dieses Grundsatzes von der ihm bei den Eigengesellschaften gegebenen Möglichkeit Gebrauch gemacht und ihnen demzufolge auch die daseinsvorsorgende Tätigkeit als staatliche Aufgabe übertragen hat. Eine andere Annahme würde dazu führen, daß der Staat sich durch die Gründung einer Eigengesellschaft seiner öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen entziehen wollte und damit rechtswidrig gehandelt hat.

Eine solche mißbräuchliche Ausnutzung der formellen Eigenständigkeit der juristischen Person ist auch nach dem allgemeinen Gesellschaftsrecht unzulässig und wird dort mit Hilfe des sog. "Durchgriffs" unterbunden. Unter Anwendung des Durchgriffs wird im Aktienrecht die formell bestehende Trennung zwischen dem Alleinaktionär - dem sog. "Einmann" - und der AG in Fällen mißbräuchlicher Ausnutzung durchbrochen und die AG und der Alleinaktionär als Einheit aufgefaßt ¹⁾.

Im privaten Gesellschaftsrecht wird dies regelmäßig dann angenommen, wenn der Einmann in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung die Vermögensmassen vermischt oder unter dem Mantel einer ungenügend kapitalisierten Gesellschaft risikoreiche Geschäfte betreibt, um die Gefahr des Mißlingens gegebenenfalls auf seine Gläubiger abwälzen zu können ²⁾. So wie aufgrund der angenommenen Identität von Einmann und AG der Alleinaktionär für die Schulden der Gesellschaft haftbar gemacht werden kann, so ist es auch umgekehrt denkbar, daß der AG Pflichten des Alleinaktionärs auferlegt werden. Der Durchgriff erfolgt in diesem Fall in umgekehrter Richtung. Die Bindung der staatlichen Eigengesellschaften an die beson-

1) Vgl. dazu oben § 7 B.

2) Vgl. Emmerich, Öffentliche Unternehmen, S. 230; Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, § 262 Anhang Rdnrn. 6 und 11; Rehbinders, Konzernaußenrecht, S. 85 ff., jeweils mit weiteren Hinweisen.

deren öffentlich-rechtlichen Pflichten des Staates kann somit auch mit Hilfe des Durchgriffs gesellschaftsrechtlich begründet werden ¹⁾.

Eine AG ist somit auch ohne ausdrückliche satzungsrechtliche Bestimmung immer dann Träger öffentlicher Verwaltung, wenn es sich um eine staatliche Eigengesellschaft handelt, deren Tätigkeit materiell öffentliche Verwaltung, in der Regel also Daseinsvorsorge ist. Sie ist es nicht allein deshalb, weil ihre Tätigkeit funktionell zur Daseinsvorsorge gehört, sondern weil aufgrund der Pflichtenstellung des staatlichen Aktionärs davon auszugehen ist, daß der staatliche Alleingesellschafter auch von der ihm in diesem Falle gegebenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, der AG diese Tätigkeit als staatliche Aufgabe zu delegieren. Die Eigengesellschaft übt eine Tätigkeit aus, die wegen der öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen ihres staatlichen Alleinaktionärs und der ihm gesellschaftsrechtlich gegebenen Möglichkeiten nur eine staatliche sein kann. Durch die staatliche Gründung und die Zwecksetzung der AG wird ihr diese staatliche Aufgabe vom Staat delegiert und dieser stimmt als betroffener Aktionär durch konkludentes Verhalten dieser Delegation zu, indem er als Alleingesellschafter die Wahrnehmung der staatlichen Aufgabe durch die AG veranlaßt.

Dies ist z. B. der Fall bei der DÜSSELDORFER STRASSENBAHN (RHEINBAHN) AG. Für diese Gesellschaft hat der Bundesgerichtshof ²⁾ eine Grundrechtsbindung und damit eine Verwaltungsträgerschaft in dem hier gebrauchten Sinne mit der Begründung angenommen, daß sie eine Tätigkeit ausübe, die funktionell zur Daseinsvorsorge gehöre. Für die Annahme einer Verwaltungsträgerschaft soll dies nach Auffassung des BGH ausreichen, "jedenfalls dann, wenn dem Staat alle Anteile gehören" ³⁾, wie es bei der DÜSSEL-

1) So ausdrücklich Rübner, Formen, S. 415 ff.

2) BGHZ 52 S. 326.

3) BGHZ 52, S. 329.

DORFER STRASSENBAHN AG der Fall ist. Diese Entscheidung stimmt voll mit der hier entwickelten Auffassung überein, wenn man an die Stelle des "jedenfalls" ein "nur" setzt. Eine Daseinsvorsorge betreibende AG ist ohne ausdrückliche Regelung nur dann Träger öffentlicher Verwaltung, wenn es sich um eine Eigengesellschaft handelt. Nur in diesem Falle kann die Delegation der staatlichen Verwaltungsaufgabe auf die Gesellschaft und die dafür notwendige Zustimmung der Gesellschaft und ihrer Aktionäre fingiert werden. Die DÜSSELDORFER STRASSENBAHN AG ist also nicht allein deswegen grundrechtsgebundener Verwaltungsträger, weil sie eine funktionell der Daseinsvorsorge zuzurechnende Tätigkeit ausübt und alle Kapitalanteile der Stadt Düsseldorf gehören, sondern weil bei ihr als Eigengesellschaft der für die Begründung einer Verwaltungsträgerschaft erforderliche öffentlich-rechtliche Delegationsakt und die seitens der Gesellschaft und aller Aktionäre notwendige Zustimmung als durch konkludentes Handeln gegeben angenommen werden können.

Eine AG ist somit auch immer dann Träger öffentlicher Verwaltung, wenn ihr durch gesetzesfreien Verwaltungsakt auf Unterwerfung eine private Verwaltungskompetenz des Staates zur eigenen Wahrnehmung übertragen ist. Fehlt es an einem ausdrücklichen Übertragungsakt, so kann dieser als durch konkludentes Handeln erfolgt angenommen werden, wenn eine AG nach ihrer Satzung unter staatlicher Mitwirkung als Gesellschaftszweck ausdrücklich die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe bestimmt hat und diese Satzungsbestimmung durch Zustimmung aller Aktionäre zustande gekommen ist. Bei den staatlichen Eigengesellschaften kann auf eine solche ausdrückliche Regelung und auf die Zustimmung des staatlichen Alleinaktionärs aufgrund der besonderen staatlichen Pflichtenstellung und der dem Staat in diesem Falle gegebenen alleinigen Zwecksetzungsbefugnis verzichtet werden. Eigengesellschaften sind immer dann Träger öffentlicher Verwaltung, wenn sie eine Aufgabe wahr-

nehmen, die auch materiell als Verwaltungsaufgabe anzusehen ist ¹⁾. Da alle diese Aktiengesellschaften in privater Rechtsform handeln, unterliegen sie den Bindungen des Verwaltungsprivatrechts.

d) Die Delegation privater Verwaltungsaufgaben des Staates auf eine AG durch öffentlich-rechtlichen Vertrag

So wie die Begründung einer Verwaltungsträgerschaft von Privatrechtssubjekten durch die Übertragung von privaten Verwaltungsaufgaben des Staates in Form eines "Verwaltungsaktes auf Unterwerfung" möglich ist, muß dies auch in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages möglich sein. Da sich Verwaltungsakt auf Unterwerfung und öffentlich-rechtlicher Vertrag nicht sehr wesentlich voneinander unterscheiden, sind auch die Voraussetzungen für die Begründung einer Verwaltungsträgerschaft auf diese Weise im wesentlichen die gleichen.

Erste Voraussetzung ist wie bei allen Fällen der Verwaltungsträgerschaft von Privaten, daß dem Privatrechtssubjekt eine staatliche Verwaltungsaufgabe öffentlich-rechtlich übertragen wird. Für die Begründung der Verwaltungsträgerschaft einer AG reicht es demzufolge nicht aus, wenn sie durch öffentlich-rechtlichen Vertrag dem Staat gegenüber zu irgendwelchen Leistungen und Tätigkeiten verpflichtet wird. Dieses Erfordernis gewinnt besondere praktische Bedeutung bei den sog. "Konzessionsverträgen". In diesen Verträgen läßt sich der Staat für die Duldung eines gesteigerten Nutzungsrechts an seinem Eigentum von dem privaten Vertragspartner häufig besondere Aufsichts- und Mitspracherechte einräumen. Dem Privaten wird meist eine Betriebspflicht auferlegt, und häufig wird auch Einfluß auf die innere Organisation des Privatrechtssubjekts genommen ²⁾.

1) Im Ergebnis ebenso Fleiner, Institutionen, S. 125, der in diesem Fall von "öffentlichen Anstalten in Privatrechtsform" spricht; vgl. auch Siedentopf, Grenzen, S. 27, sowie Wolff, Archiv für Kommunalwissenschaft 1963, S. 172, und Reuß, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 267.

2) Siehe S. 265.

Selbst wenn man entgegen der h. M. ¹⁾ Konzessionsverträge diesen Inhalts als öffentlich-rechtliche Verträge ansieht ²⁾, wird dadurch jedoch keine Verwaltungsträgerschaft begründet. Bei diesen Konzessionsverträgen fehlt es an der dazu erforderlichen Delegation einer staatlichen Verwaltungsaufgabe ³⁾. Ein als öffentlich-rechtlich angenommener Konzessionsvertrag mit solchem Inhalt begründet ausschließlich öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten im Verhältnis der Vertragspartner zueinander; für den Privaten hat ein solcher Vertrag jedoch keinen statusverändernden Charakter im Verhältnis zu Dritten, wie das bei einer Verwaltungsträgerschaft der Fall ist ⁴⁾.

Daß Konzessionsverträge regelmäßig keine Delegation von Verwaltungsaufgaben enthalten, heißt aber nicht, daß sie einen solchen Inhalt nicht haben können. Wenn ein "Konzessionsvertrag" zwischen dem Staat und einem Privaten ausdrücklich oder durch Auslegung feststellbar eine private Verwaltungsaufgabe des Staates dem Privaten zur eigenen Wahrnehmung überträgt, so wird dieser - wie beim Verwaltungsakt auf Unterwerfung - zum Verwaltungsträger. Hat ein Vertrag diesen Inhalt, so handelt es sich eigentlich nicht mehr um einen "Konzessionsvertrag", da dem Privaten nicht nur die Erlaubnis zu einer bestimmten Tätigkeit eingeräumt wird. We-

2) von S. 264:

Zu diesen typischen Inhalten von Konzessionsverträgen vgl. insbesondere Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 50, sowie Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 139 ff.

- 1) Vgl. dazu BGH JUS 1972, S. 603, sowie Wagner, JUS 1968, S. 197, jeweils mit weiteren Hinweisen.
- 2) So insbesondere Berkemann, a.a.O. S. 55, und Vogel, a.a.O. S. 148 ff.
- 3) Vgl. Stern, AöR 84 S. 173; allgemein wird in der Gewährung einer Konzession keine Delegation von Verwaltungsaufgaben gesehen, vgl. dazu oben Fn. 2 auf S. 213.
- 4) Berkemann, a.a.O. S. 59, behandelt nur das Verhältnis der Vertragspartner zueinander, die Außenwirkung dieser Verträge läßt er offen.

gen der über die Konzessionierung hinausgehenden Delegation einer staatlichen Aufgabe sollte man besser von "Delegationsverträgen" sprechen. Solche Delegationsverträge sind ohne Zweifel öffentlich-rechtlicher Natur, da die Übertragung staatlicher Kompetenzen nur öffentlich-rechtlich erfolgen kann.

Schließt eine AG einen solchen Delegationsvertrag ab, so ist dazu wegen der Auswirkungen auf den Gesellschaftszweck die Zustimmung aller Aktionäre erforderlich ¹⁾. Ist die Erfüllung der übertragenen staatlichen Aufgabe auf Dauer die Haupttätigkeit der Gesellschaft, so ist es zweckmäßig, diese öffentlich-rechtlich begründete Verpflichtung im Außenverhältnis auch in innergesellschaftliches Recht umzusetzen. Diesen Weg ist man z. B. bei der HAMBURGER HOCHBAHN AG ²⁾, den HAMBURGISCHEN ELECTRIZITÄTS-WERKEN AG ³⁾ und der BERLINER KRAFT- UND LICHT (BEWAG) AG ⁴⁾ gegangen. Zwar wird in keiner der Satzungen dieser Gesellschaften und in keinem der abgeschlossenen Verträge eine Delegation ausdrücklich ausgesprochen, aus der Vertragsgestaltung im einzelnen ist jedoch auf eine Delegation zu schließen. So

1) Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 198 f., und Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 175, nehmen dies auch bei den Konzessionsverträgen an.

2) § 2 Abs. 3 der Satzung der Gesellschaft bestimmt: "Gegenstand des Unternehmens ist insbesondere die Ausführung des Vertrages, welchen die HAMBURGER HOCHBAHN-AKTIENGESellschaft mit der Finanzdeputation der Freien und Hansestadt Hamburg zur Förderung der öffentlichen Verkehrsinteressen am 3. Juli 1918 abgeschlossen hat."

3) Nach § 2 Abs. 1 der Satzung der HEW ist Gegenstand des Unternehmens die Versorgung des gesamten Gebietes der Freien und Hansestadt Hamburg mit elektrischer Energie und Wärme unter der sich danach ergebenden Berücksichtigung der öffentlichen Interessen sowie die Betreibung der damit in Verbindung stehenden Geschäfte, und zwar in Ausführung des zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Gesellschaft geschlossenen Vertrages vom 9./11. Mai 1957."

4) § 20 der Satzung der BEWAG lautet: "Konzession. Die Gesellschaft hat das ausschließliche Recht und die Verpflichtung zur Versorgung der Stadt Berlin mit elektrischer Energie. Die näheren Bestimmungen ergeben sich aus dem Konzessionsvertrag, der als Anlage K einen Bestandteil dieser Satzung bildet."

bestimmt z. B. der zum Satzungsbestandteil gewordene "Konzessionsvertrag" zwischen der BEWAG und der Stadt Berlin:

- "Die Stadt überträgt der Gesellschaft das ausschließliche Recht und die Gesellschaft übernimmt die Verpflichtung zur Versorgung des Versorgungsgebietes mit elektrischer Energie (Ziffer 1)
- "Die Stadt verpflichtet sich, im Versorgungsgebiet Erzeugungs- und Verteilungsanlagen für elektrische Energie weder selbst zu errichten, noch zu erwerben noch zu betreiben, sich an derartigen Unternehmen auch nicht zu beteiligen." (Ziffer 5)
- "Die Gesellschaft ist berechtigt, die Preise für Elektrizität so zu bemessen, daß die Gesteungskosten einschließlich der erforderlichen Abschreibungen und Rücklagen gedeckt werden, der tatsächliche Aufwand für Verzinsung und Tilgung des Anleihe- und Betriebskapitals gesichert ist und eine jährliche Verzinsung des Aktienkapitals der Gesellschaft von mindestens 6 DM auf 100 DM Aktiennennbetrag erzielt wird" (Ziffer 8).

Wenn die öffentliche Hand einer Aktiengesellschaft auf diese Weise eine daseinsvorsorgende Aufgabe "überträgt", sich selbst dazu verpflichtet, nicht entsprechend tätig zu werden, und wenn zugleich festgelegt wird, in welchem Umfang die Gesellschaft noch private Interessen verfolgen darf, so wird man annehmen müssen, daß damit der AG eine staatliche Aufgabe zur eigenen Wahrnehmung "an Stelle des Staates" oder "für den Staat" übertragen worden ist und die Aktiengesellschaft dadurch zum Träger einer privaten Verwaltungsaufgabe des Staates geworden ist.

Mag es im Einzelfall auch schwierig sein, einen einfachen "Konzessionsvertrag" von einem "Delegationsvertrag" abzugrenzen, und mag man demzufolge dabei auch zu unterschiedlichen Ergebnissen

kommen, grundsätzlich besteht jedenfalls dieser Unterschied und grundsätzlich ist es möglich, einem Privatrechtssubjekt durch öffentlich-rechtlichen Delegationsvertrag eine private Verwaltungsaufgabe des Staates zu übertragen. Neben dem Verwaltungsakt auf Unterwerfung besteht somit eine zweite Möglichkeit der gesetzess-freien Begründung von Verwaltungsträgerschaften für Aktiengesellschaften.

e) Die öffentlich-rechtlichen Bindungen der AG als Verwaltungsträger bei der Erfüllung privater Verwaltungsaufgaben

Eine AG, der die Wahrnehmung einer privaten Verwaltungsaufgabe übertragen ist, handelt in privater Rechtsform. Ihr Handeln ist als Verwaltungshandeln nach den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts gebunden. Da sie in privater Rechtsform handelt, ist für Streitigkeiten, die sich aus ihrem Verhalten ergeben, der Zivilrechtsweg gegeben ¹⁾. Auch ihre Haftung richtet sich nicht nach Amtshaftungsgrundsätzen, sondern bestimmt sich nach den Haftungsnormen des Zivilrechts. Dies gilt jedenfalls solange, als sich die Bestrebungen, auch das verwaltungsprivatrechtliche Handeln den Amtshaftungsgrundsätzen zu unterwerfen, nicht durchgesetzt haben ²⁾.

Unabhängig von der Art der übertragenen Kompetenzen und der Form ihrer Wahrnehmung sind alle Aktiengesellschaften als Träger öffentlicher Verwaltung über diese Bindungen hinaus auch den besonderen Normen unterstellt, die speziell auf Verwaltungsträger Bezug nehmen, wie dies z. B. bei § 5 des Parteiengesetzes der Fall ist. Diese Vorschrift begründet keine Verwaltungsträgerschaft,

1) Vgl. dazu BGH DÖV 1970, S. 61; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 VI a; Zeidler, DVBl 1962, S. 301 (302 Fn. 22); Badura, JUS 1966, S. 17/18 mit Hinweisen in Fn. 4; vgl. insbesondere auch die zusammenfassende Darstellung bei Kruschke, DÖV 1971, S. 694; dagegen vor allem Eyermann-Fröhler, VwGO § 40 Rdnr. 51 ff.

2) Zu diesen Bestrebungen vgl. Schröder, JUS 1969, S. 25; vgl. auch Ossenbühl, VVDStRL 29, S. 196 ff. Gegen diese Bemühungen und für die h. M. vgl. dagegen Wolff, Verwaltungsrecht I, § 64 II c und § 65 I a.

sondern verpflichtet vorhandene Verwaltungsträger zu einem besonderen Verhalten. Sofern also eine AG als Verwaltungsträger ihre Einrichtungen Parteien zur Verfügung stellt, muß sie alle Parteien gleich behandeln ¹⁾.

An die Verwaltungsträgerschaft einer AG knüpfen sich nicht nur Rechtsfolgen für die Gesellschaft selbst, sondern unter Umständen auch für ihre Bediensteten, wobei insbesondere die strafrechtlichen Vorschriften interessieren. So hält z. B. das Kammergericht ²⁾ die Abrechnungskassierer der hier als Verwaltungsträger angesehenen BERLINER KRAFT- UND LICHT (BEWAG) AG ³⁾ für Beamte im strafrechtlichen Sinne nach § 359 StGB und hat dementsprechend einen Kassierer wegen Amtsunterschlagung nach § 350 StGB bestraft. Ob diese Auffassung zutrifft ⁴⁾, mag hier dahingestellt bleiben. Wenn es aber richtig sein sollte, daß die strafrechtliche Beamteneigenschaft schon bei Aktiengesellschaften anzunehmen ist, die mit staatlicher Mehrheitsbeteiligung Daseinsvorsorge betreiben ⁵⁾ - was nach der hier vertretenen Auffassung noch nicht für die Annahme einer Verwaltungsträgerschaft genügt - so wird man für die Bediensteten eines öffentlich-rechtlich mit der Wahrnehmung einer daseinsvorsorgenden Aufgabe betrauten Verwaltungsträgers erst recht die strafrechtliche Beamteneigenschaft annehmen können.

1) Vgl. hierzu Hans OLG Hamburg, MDR 1969, S. 677, über den öffentlich-rechtlichen Zulassungsanspruch einer Partei nach § 5 ParteiG gegen die städtische AUSSTELLUNGSPARK KG. Dem Urteil kann nach den hier entwickelten Grundsätzen allerdings insofern nicht zugestimmt werden, als es die Verwaltungsträgerschaft der AUSSTELLUNGSPARK KG ausschließlich damit begründet, daß sie funktionell Daseinsvorsorge betreibt. Im Ergebnis ist es allerdings dann richtig, wenn es sich bei der KG um eine Eigengesellschaft handelt.

2) JR 1961, S. 228 f.

3) Vgl. dazu oben § 8 B II 4 d.

4) Ablehnend insbesondere Püttner, Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 250, sowie Wiedemann, NJW 1965, S. 852.

5) So das Kammergericht a.a.O. S. 229.

5. Rechte und Möglichkeiten des Staates, die keine Verwaltungsträgerschaft einer Aktiengesellschaft begründen

Eine Aktiengesellschaft ist nach der hier vertretenen Auffassung nur dann Träger öffentlicher Verwaltung, wenn ihr durch öffentlich-rechtlichen Rechtsakt die Wahrnehmung einer öffentlichen oder privaten Verwaltungskompetenz des Staates zur eigenen Wahrnehmung übertragen ist. Irgendwelche besonderen Rechte und Möglichkeiten des Staates gegenüber der AG, die nicht auf einem solchen Delegationsakt basieren, vermögen daher keine Verwaltungsträgerschaft der AG zu begründen.

Eine AG wird daher nicht deshalb zum Träger öffentlicher Verwaltung, weil der staatliche Aktionär von den ihm im Aktiengesetz eingeräumten Sonderrechten Gebrauch gemacht hat. Die Möglichkeit der Ausgabe von Mehrstimmrechtsaktien nach § 12 II AktG ¹⁾, die satzungsrechtliche Verankerung eines Entsendungsrechts nach § 101 II AktG ²⁾ oder die staatlichen Sonderrechte nach § 394 und § 395 AktG ³⁾ vermögen zwar den Einfluß des Staates auf eine AG zu vergrößern, eine Verwaltungsaufgabe wird dadurch aber nicht übertragen. Das gleiche gilt für die Vorschriften des Beamten-, Gemeinde- und Haushaltsrechts ⁴⁾, unabhängig davon, ob man in ihnen eine öffentlich-rechtliche Modifikation des Aktienrechts sieht ⁵⁾ oder nicht. Durch diese Vorschriften werden nur die Voraussetzungen für eine staatliche Beteiligung an Aktiengesellschaften für die staatliche Seite geregelt. Auch wenn sie im Einzelfall zu einer Einflußerweiterung des Staates auf eine AG führen mögen, so haben diese Vorschriften jedoch keine Auswirkungen auf den Status der AG im Verhältnis zu außenstehenden Dritten ⁶⁾.

1) Vgl. dazu oben § 3 B I.

2) Vgl. dazu oben § 3 B II.

3) Vgl. dazu oben § 3 B III.

4) Vgl. dazu oben § 5.

5) Vgl. Ipsen, JZ 1955, S. 593.

6) Für die gemeinderechtlichen Vorschriften vgl. insbesondere Klein, Teilnahme, S. 9, sowie Scholz, Öffentliche Einrichtungen, S. 124.

Grundsätzlich unbeachtlich ist auch der Umfang der staatlichen Beteiligung an einer AG im Einzelfall ¹⁾. Eine AG kann beispielsweise sowohl bei 25%iger, 50%iger, 75%iger oder auch 100%iger staatlicher Kapitalbeteiligung zum Träger öffentlicher Verwaltung werden, andererseits ist es aber auch möglich, daß sie selbst als Eigengesellschaft bei fehlender materieller Verwaltungstätigkeit nicht Verwaltungsträger ist. Die 100%ige Beteiligung ist nur insoweit für die Begründung einer Verwaltungsträgerschaft einer AG entscheidend, als bei ihr der für die Wahrnehmung einer staatlichen Verwaltungsaufgabe erforderliche öffentlich-rechtliche Delegationsakt fingiert werden kann. Das Alleineigentum des Staates selbst führt aber noch nicht zur Verwaltungsträgerschaft der AG ²⁾.

Kein Kriterium für die Begründung einer Verwaltungsträgerschaft von Aktiengesellschaften ist auch der faktische Einfluß des Staates auf die Willensbildung der Gesellschaft und ihrer Organe ³⁾, selbst dann nicht, wenn dieser institutionell gesichert ist ⁴⁾. Abgesehen davon, daß es kaum möglich ist, eindeutig zu bestimmen, wann der staatliche Aktionär über einen "entscheidenden Einfluß" verfügt, fehlt es auch an der staatlichen Zwecksetzung für die AG und dem dazu notwendigen öffentlich-rechtlichen Delegationsakt sowie an der notwendigen Zustimmung der in diesem Falle "einflußlosen" Minderheit der Aktionäre. An der Bedeutungslosigkeit des faktischen Einflusses für die Begründung einer Verwaltungsträgerschaft ändert sich auch nichts, wenn er auf einer besonders ausgeprägten finanziellen Abhängigkeit der AG von staatlichen Finanzen basiert ⁵⁾.

1) Vgl. hierzu die Diskussion auf der Staatsrechtslehrtagung 1960 (VVDStRL 19, S. 250 ff.) mit Beiträgen von Bettermann, S. 250 f., S. 253 f.; Dürig, S. 251, 253; Zeidler, S. 251, S. 253 f., und Scheuner, S. 253; vgl. auch Scholz, Öffentliche Einrichtungen, S. 109, sowie Reuß, in Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 267, und Emmerich JUS 1970, S. 335.

2) Vgl. dazu Klein, Teilnahme, S. 209 und S. 212 sowie Stern-Püttner, Gemeinwirtschaft, S. 64.

3) So aber Wolff, Archiv für Kommunalwissenschaften 1963, S. 149 ff. (172). Ebenso Köttgen, J.Ö.R. 11 S. 292.

4) So aber Klein, Teilnahme, S. 91 f.

5) So aber Klein, a. a. O. S. 211, und Köttgen, a. a. O.

Eine rechtlich begründete Sonderstellung des Staates als Aktionär sowie die dadurch bedingten rechtlichen und faktischen Einflußmöglichkeiten des Staates auf die AG vermögen diese also nicht zum Verwaltungsträger zu machen ¹⁾. Trotzdem sind diese Rechte und Möglichkeiten auch im Verhältnis zu außenstehenden Dritten nicht ohne Bedeutung. Denn wenn der außenstehende Dritte in diesen Fällen nicht wie bei der Verwaltungsträgerschaft öffentlich-rechtliche Ansprüche gegenüber der Gesellschaft hat, so bleibt zu überprüfen, ob er dafür aber einen Anspruch gegenüber dem Staat hat, daß dieser von den ihm gegebenen Möglichkeiten in einem bestimmten Sinne Gebrauch macht. Dies soll im nächsten Abschnitt untersucht werden.

§ 9 Die Garantenstellung des staatlichen Aktionärs

Die hier gewählte Konstruktion der privaten Verwaltungsträgerschaft als öffentlich-rechtliche Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private ist geeignet, die beteiligten Interessen und die geschützten Rechtspositionen des Staates, der AG und der außenstehenden Dritten funktionsgerecht miteinander in Einklang zu bringen.

Der Staat kann seine Verwaltungsmittel auf privatrechtliche Organisationsformen erweitern und sich für die Erfüllung seiner Aufgaben die größere Flexibilität des Privatrechts zunutze machen. Die "Staatlichkeit" dieses Verwaltungsmittels bleibt dadurch gewahrt, daß für die Übertragung einer staatlichen Aufgabe auf Private und ihre dadurch bewirkte Angliederung an die staatliche Organisation ein öffentlich-rechtlicher Übertragungs- und Organisationsakt erforderlich ist.

1) In Ergebnis ebenso schon Köttgen, Verwaltungsarchiv 44 (1939), S. 16.

Die Interessen und Rechte der als Verwaltungsträger verpflichteten AG und ihrer Aktionäre werden dadurch gewahrt, daß sie sich gegenüber der öffentlich-rechtlichen Pflichtenübertragung auf ihre Grundrechte berufen können. Dies hat zur Folge, daß eine zwangsweise Begründung der Verwaltungsträgerschaft nur auf gesetzlicher Grundlage unter Beachtung der grundrechtlich geschützten Rechtspositionen der AG und ihrer Aktionäre erfolgen kann bzw. eine freiwillige Übernahme der Verwaltungsträgerschaft nur mit Zustimmung der AG selbst sowie aller ihrer Aktionäre möglich ist.

Durch die Übertragung der staatlichen Verwaltungsaufgabe auf ein Privatrechtssubjekt wird auch die Rechtsposition des mit dem Verwaltungsträger in Kontakt tretenden außenstehenden Bürgers nicht in unzulässiger Weise beeinträchtigt. Indem durch die Übertragung der staatlichen Aufgabe auf den Privaten auch die bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe im Interesse des Bürgers bestehenden öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten übergehen, ändert sich seine Stellung gegenüber der "Verwaltung" nicht. Die im Zusammenhang mit der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe bestehenden Rechte und Pflichten des Bürgers existieren unabhängig davon, ob der Staat selbst oder ein von ihm dazu öffentlich-rechtlich herangezogener Privater sie wahrnimmt.

Diese sach- und funktionsgerechte Übereinstimmung der beteiligten Interessen und der geschützten Rechtspositionen gilt nach den bisherigen Feststellungen aber nur, wenn die im staatlichen Interesse tätige AG Träger öffentlicher Verwaltung ist. Die überwiegende Anzahl von Aktiengesellschaften mit staatlicher Kapitalbeteiligung ist aber nicht Verwaltungsträger in dem hier gebrauchten Sinne, weil ihnen keine staatliche Aufgabe öffentlich-rechtlich übertragen ist, sondern der Staat sich darauf beschränkt, von den ihm als Aktionär zur Verfügung stehenden aktienrechtlichen Einflußmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Ob und wie in diesem Fall die beteiligten Interessen und Rechte in Einklang gebracht werden

können, soll im folgenden untersucht werden.

A Allgemeines zur Garantenstellung

Beteiligt sich der Staat an einer AG, die Aufgaben wahrnimmt, welche ihrem materiellen Gehalt nach staatliche Verwaltungsaufgaben sein könnten, ohne daß er diese Aufgaben durch öffentlich-rechtlichen Rechtsakt zu staatlichen Aufgaben und damit die AG zum Verwaltungsträger erklärt, so verschlechtert sich im Vergleich zur Verwaltungsträgerschaft insbesondere die Rechtsposition des Bürgers. Der Staat kann sich weiterhin der flexiblen privatrechtlichen Organisationsform bedienen; für das von ihm verfolgte Verwaltungsinteresse macht es regelmäßig keinen Unterschied, ob eine AG aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Delegationsaktes eine staatliche Aufgabe wahrnimmt oder unter seinem gesellschaftsrechtlich begründeten Einfluß in seinem Sinne eine nur "öffentliche Aufgabe" erfüllt. Die unter staatlichem Einfluß stehende AG und ihre Aktionäre sind genauso geschützt wie bei der Delegation staatlicher Aufgaben. Der staatliche Aktionär hat bei den von ihm mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln verfolgten Zielen die durch den Gesellschaftszweck der AG definierten Rechte und Interessen der AG und der übrigen Aktionäre zu wahren. Eine Zweckänderung der Gesellschaft ist nur mit Zustimmung aller Aktionäre möglich.

Für den Bürger bedeutet dagegen eine solche nur gesellschaftsrechtlich begründete staatliche Beteiligung und Einflußnahme, die nicht zur Verwaltungsträgerschaft der AG führt, grundsätzlich erst einmal ein Weniger an öffentlich-rechtlich gesichertem Interessenschutz. Dies wird besonders bei den Grundrechten deutlich. Der Staat selbst und der private Träger öffentlicher Verwaltung sind bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben an die Grundrechte gebunden. Verzichtet der Staat aber auf die eigene Wahrnehmung einer Verwaltungsaufgabe und überläßt er die Tätigkeit einer von ihm nur gesellschaftsrechtlich beeinflussten AG, ohne diese zum Verwaltungsträger zu machen, so hat das für den Bür-

ger zur Folge, daß die ursprünglich grundrechtsgebundene Verwaltungstätigkeit des Staates sich in eine grundrechtsfreie private Erfüllung einer nur "öffentlichen Aufgabe" verwandelt.

Um den durch solche organisatorischen Maßnahmen des Staates bewirkten Verlust an Grundrechtsschutz aufzufangen, hat Gallwas vorgeschlagen, eine Theorie von der "Garantenstellung des Staates" zu entwickeln ¹⁾. Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist, daß die Einschaltung von Privaten bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben sich nicht in zwei hintereinander geschalteten Rechtsbeziehungen zwischen Gemeinwesen und Verwaltungsmittler einerseits und dem Verwaltungsmittler und dem Bürger andererseits, sondern in einer Dreiecksbeziehung zwischen Gemeinwesen, dem privaten Verwalter und dem Bürger vollzieht ²⁾ und daß dem Staat ungeachtet der Ausgestaltung dieser Dreiecksbeziehung im Einzelfall die Aufgabe obliegt, für die Beachtung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu sorgen ³⁾, indem er entweder den privaten Verwaltungsmittler ebenfalls zur Beachtung dieser Vorschriften veranlaßt ⁴⁾ oder aber das durch die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse entstandene rechtliche Defizit des Bürgers irgendwie ausgleicht ⁵⁾.

Im wesentlichen entspricht diese Theorie von der Garantenstellung dem allgemein anerkannten Grundsatz, wonach der Staat durch die Wahl seiner Gestaltungsmittel und durch die "Flucht in das Privatrecht" sich nicht seiner öffentlich-rechtlichen Pflichtenstellung entledigen kann ⁶⁾. Diese Theorie ist allerdings eine Weiterentwicklung insofern, als sie nicht nur diejenigen Fälle erfaßt, in denen der Staat selbst privatrechtlich handelt, sondern auch dort die öffentlich-rechtlichen Pflichten wahrt, wo vom Staat beeinflusste

1) Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 S. 211 ff.

2) A. a. O. S. 226.

3) A. a. O. S. 228.

4) A. a. O. S. 229.

5) A. a. O. S. 230.

6) Vgl. BVerwG DVBl 1971 S. 111; Klein, Teilnahme, S. 25, sowie Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 133.

Privatrechtssubjekte dem Bürger gegenübertreten und nach außen ein staatliches Handeln nicht erkennbar wird. In diesem Fall besteht eine Rechtspflicht des Staates, den Bürger im Ergebnis so zu stellen, wie er stünde, wenn der Staat die Tätigkeit in eigener Verwaltung durchführen würde ¹⁾.

Versucht man, diese von Gallwas nur skizzenhaft entwickelte Theorie näher zu konkretisieren und auf die Einschaltung von Aktiengesellschaften als Verwaltungsmittler anzuwenden, so lassen sich folgende Grundsätze aufstellen:

Beteiligt sich der Staat an einer AG, so entsteht ein als Gesamtheit zu sehendes Dreiecksverhältnis zwischen Staat, AG und Bürger. Unabhängig davon, wie dieses Dreiecksverhältnis im Einzelfall ausgestaltet ist, darf es nicht zu einem Untergang von öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen führen, insbesondere darf der Grundrechtsschutz des Bürgers gegenüber der Verwaltung nicht durch besondere organisatorische Ausgestaltungen des Verhältnisses Staat - AG verlorengehen. Der sich an einer AG beteiligende Staat hat dem Bürger die Wahrung seiner öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen zu garantieren, indem er die AG zur Beachtung dieser Rechte verpflichtet oder aber, wenn dies nicht möglich ist, den durch die Verlagerung der Tätigkeit auf ein Privatrechtssubjekt erfolgten Rechtsverlust des Bürgers ausgleicht.

Ist die AG als Verwaltungsträger öffentlich-rechtlich mit der Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe betraut, so ist in dem Dreiecksverhältnis Staat - AG - Bürger mit der Übertragung der staatlichen Aufgabe auf die AG auch die öffentlich-rechtliche Pflichtenstellung gegenüber dem Bürger mit übergegangen, mit der Folge, daß zwischen diesem und der AG unmittelbar ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis entstehen kann. Ist die AG

1) So ausdrücklich Forsthoff, Lehrbuch, S. 508.

dagegen kein Verwaltungsträger, so können zwischen ihr und dem Bürger auch keine öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen entstehen. Wegen seiner öffentlich-rechtlich begründeten Rechte kann sich der Bürger in diesem Falle nur an den Staat als den Garanten für diese Rechte halten, damit dieser den durch die Verlagerung der Verwaltungstätigkeit auf die AG entstandenen Verlust an öffentlichen Rechten wieder ausgleicht. Eine solche Verweisung des Bürgers an den staatlichen Garanten ist allerdings nur dann angebracht und für diesen zufriedenstellend, wenn für den Staat auch die Möglichkeit besteht, seiner Garantenpflicht nachzukommen und der Bürger diese auch mit rechtlichen Mitteln aktualisieren kann.

Welche Möglichkeiten dabei im einzelnen bestehen, soll im folgenden näher dargestellt werden. Da die Theorie der Garantenstellung allgemein bisher noch nicht sehr weit entwickelt ist und im Rahmen der vorliegenden Arbeit auch nicht abschließend entwickelt werden kann, muß sich dabei auf die Darstellung einzelner Beispiele beschränkt werden, die einerseits bereits eine gewisse rechtliche Behandlung erfahren haben und zugleich die Bedeutung der Garantenstellung und ihre Auswirkungen im Einzelfall verdeutlichen können.

B Das Verbot des indirekten Eingriffs

Die Garantenstellung des Staates soll sicherstellen, daß die Benutzung privater Verwaltungshelfer durch den Staat nicht zu einem Verlust an öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen der Bürger führt. Im Bereich der Eingriffsverwaltung bedeutet dies, daß der Staat die ihm bei seinen privaten Unternehmen gegebenen privatrechtlichen Einflußmöglichkeiten nicht dazu benutzen darf, unter Umgehung der öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen in die Eigentums- und Freiheitsrechte der Bürger einzugreifen. Besonders deutlich wird dies bei der Wettbewerbs- und Gewerbefreiheit, die

1) So ausdrücklich Forsthoff, Lehrbuch, S. 508.

entweder einzeln oder kombiniert aus den Artikeln 2 Abs. 1, 12 und 14 GG abgeleitet wird ¹⁾.

Die durch diese Grundrechte gewährleistete wirtschaftliche Handlungsfreiheit der einzelnen Wirtschaftssubjekte und die dadurch bewirkte Ordnung der Gesamtwirtschaft unterliegt im Rahmen dieser Grundrechte der staatlichen Regelung. Früher wurde zwar die Auffassung vertreten, daß der Staat zur wirtschaftspolitischen Neutralität verpflichtet sei und sich demzufolge wirtschaftspolitischer Interventionen zu enthalten habe ²⁾, vertreten wurde aber auch die Ansicht, daß das Grundgesetz nach Art. 2 Abs. 1 eine institutionelle Garantie der hergebrachten Grundsätze der sozialen Marktwirtschaft mit den darin begründeten unternehmerischen Gestaltungsfreiheiten enthalte ³⁾. Heute ist es aber ganz h. M., daß der Staat im Rahmen der grundrechtlich geschützten Wettbewerbs- und Gewerbefreiheit wirtschaftspolitisch aktiv gestaltend und auch in den Wirtschaftsablauf intervenierend tätig werden darf ⁴⁾. Ein Eingriff des Staates in den wirtschaftlichen Ablauf ist demnach in dem durch die Grundrechte vorgegebenen Rahmen zulässig ⁵⁾; Eingriffsvoraussetzung ist allerdings ein Gesetz.

Der so bewirkte Schutz der wirtschaftlich Tätigen gegenüber grundrechtsverletzenden wirtschaftspolitischen Interventionen des Staates muß nach den Erfordernissen der Garantenstellung grundsätzlich auch dort bestehen, wo der Staat nicht direkt in den Wirtschaftsablauf eingreift, sondern "mit marktkonformen Mitteln" ⁶⁾

1) Vgl. dazu insbesondere BVerwGE 17 S. 306; Rübner, Formen, S. 211, sowie Momberger, Bundesunternehmen, S. 74.

2) So insbesondere Herbert Krüger, DVBl 1951, S. 361 ff.

3) Nipperdey, zuletzt in: Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 39.

4) Vgl. BVerfGE 4 S. 7 ff. ("Investitionshilfe-Urteil"); BVerfGE 7, S. 377 ff. (400); Klein, Teilnahme, S. 118; Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 249.

5) In diesen Grenzen ist auch die Tätigkeit des Staates zulässig, vgl. Momberger, Bundesunternehmen, S. 74 mit weiteren Hinweisen.

6) Vgl. Bettermann, Festschrift für Hirsch, S. 1.

von innen her wirtschaftspolitische Vorstellungen durchzusetzen versucht. Dies ist vor allem denkbar bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung staatlicher Wettbewerbsunternehmen.

Eine solche erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates wird heute überwiegend für zulässig gehalten ¹⁾. Durch die staatliche Konkurrenz wird die Wettbewerbsfreiheit der privaten Wirtschaftssubjekte nicht beeinträchtigt, da "Konkurrenz" ein Wesensmerkmal der Wettbewerbsfreiheit ist. Aus den Grundsätzen des Wettbewerbs kann also nicht ein Schutz vor staatlicher Konkurrenz oder für die privaten Unternehmer eine Garantie für die Ausschließlichkeit des Wirtschaftens oder des Marktes hergeleitet werden ²⁾. Die Verfassungsgarantie der Wettbewerbsfreiheit betrifft nur die rechtliche, nicht auch die wirtschaftliche Chance zur freien Betätigung ³⁾.

Die Grundsätze der Wettbewerbs- und Gewerbefreiheit kommen erst dann zur Wirkung, wenn diese zulässige staatliche Konkurrenz in eine staatliche Intervention umschlägt. Ein staatliches Wettbewerbsunternehmen wirkt dann "außer Konkurrenz" intervenierend auf das Marktgeschehen ein, wenn es sich nicht den Regeln des Marktes entsprechend verhält, sondern unter Einsatz der spezifischen Macht und der Möglichkeiten des Staates marktfremde, aber marktwirksame Daten setzen kann. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn ein staatliches Wettbewerbsunternehmen zur Konjunktur- und Preispolitik eingesetzt wird, indem der Staat durch seinen Einfluß das Unternehmen dazu veranlaßt, eine konjunkturdämpfende Preispolitik zu betreiben ⁴⁾. Dem Unternehmen ist ein solches marktfremdes Verhalten auf Dauer nur möglich,

1) BVerwGE 17, S. 306; BVerwG JUS 1972, S. 597; BGHZ 20 S. 119; vgl. vor allem auch Klein, Teilnahme; dagegen insbesondere Maunz-Dürig-Herzog, Art. 2 Abs. 1 Anm. 52; Ipsen, NJW 1963 S. 210 ff., und Thiele, DVBl 1970 S. 200, der von staatlichen Unternehmen verlangt, daß sie soziale Ziele verfolgen.

2) Bettermann, a.a.O. S. 11; vgl. auch BVerwG JUS 1972 S. 597.

3) Schricker, Wirtschaftliche Betätigung, S. 77.

4) Vgl. hierzu die entsprechenden Vorschläge oben § 2 A.

wenn es nicht mehr selbst, sondern der einflußnehmende Staat das Risiko des nicht marktgerechten Verhaltens trägt und die durch den interventionistischen Einsatz des Unternehmens verursachten finanziellen Verlust übernimmt. Eine solche staatliche Risikoübernahme kann durch Gewinnverzicht, direkte Zuschüsse oder durch sonstige Privilegierungen erfolgen.

Nimmt der Staat auf eine solche Weise Einfluß auf seine Wettbewerbsunternehmen und entzieht er sie durch solche Privilegierungen dem Risiko des Marktes, so konkurrieren diese nicht mehr im Wettbewerb mit den privaten Unternehmen, sondern werden vom Staat unter Ausnutzung der Gesetzmäßigkeiten des Marktes und des Wettbewerbs zur wirtschaftspolitischen Intervention eingesetzt. Wirtschaftspolitische Interventionen des Staates sind aber nur im Rahmen der Grundrechte möglich und unterliegen als Eingriff in Freiheit und Eigentum dem Gesetzesvorbehalt. Dies gilt auch für die durch Einschaltung staatlicher Wettbewerbsunternehmen bewirkte indirekte Intervention ¹⁾.

Soll demnach ein staatlich beeinflusstes Unternehmen zur Wirtschaftssteuerung eingesetzt werden, so ist dazu eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die sich im Rahmen der grundrechtlich geschützten Rechte der privaten Wettbewerber zu halten hat ²⁾. Ohne eine solche gesetzliche Ermächtigung dürfen staatliche Erwerbsunternehmen nur konkurrieren, aber nicht intervenieren. Dies erfordert es, daß der privatrechtlich handelnde und als Privater unter Privaten tätige Staat sich auch den gleichen rechtlichen Bedingungen unterwerfen muß, wie sie für die übrigen Privatrechtssubjekte gelten. Eine "Flucht aus dem Privatrecht" ist genauso unzulässig wie eine "Flucht in das Privatrecht" ³⁾. Für die staatlichen

1) Vgl. dazu OLG München NJW 1958 S. 1298 (1302) sowie Rüter, Formen, S. 213, und Strickrodt, Gewerbliche Staatsunternehmen, S. 17.

2) Vgl. Klein, Teilnahme, S. 267; Momberger, Bundesunternehmen, S. 60 ff.

3) Zum Verbot des Formenmißbrauchs vgl. insbesondere Brohm, Strukturen, S. 177, sowie Klein, a.a.O. S. 25.

Wettbewerbsunternehmen kommen deshalb nicht nur alle wettbewerbsregelnden Normen grundsätzlich genauso zur Anwendung wie für die privaten Wettbewerbsteilnehmer ¹⁾, sondern sie müssen auch den wirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten des Marktes genauso unterworfen sein wie die privaten Unternehmen ²⁾. Deshalb sind vor allem alle gesetzlich nicht begründeten Privilegierungen öffentlicher Unternehmen durch den Staat bzw. den staatlichen Gesellschaften, die zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten führen, unzulässig ³⁾.

Da der Staat bisher von der Möglichkeit einerentsprechenden allgemeinen gesetzlichen Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht hat, verhindert das Verbot des "Fiskaldirigismus durch Fiskalprivilegien" ⁴⁾ auch die Verwirklichung des früher im Bundestag gemachten Vorschlages, die VOLKSWAGENWERKE AG zur Konjunktur- und Preispolitik einzusetzen ⁵⁾.

Verletzt der Staat dieses Verbot des indirekten Eingriffs, indem er seinen gesellschaftsrechtlichen Einfluß zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Ziele einsetzt und das Unternehmen durch Privilegierungen zu marktuntypischem Verhalten befähigt, so kann der Konkurrent des staatlichen Unternehmens zwar nicht gegen dieses, aber gegen den einflußnehmenden Staat auf rechtllichem Wege vorgehen. Das richtige Mittel hierzu ist die sog. "Konkurrentenklage" ⁶⁾. Verlangt der private Unternehmer vom Staat das Unterlassen einer wettbewerbsverzerrenden Einflußnahme und

1) Zur Anwendung des GWB und des UWG auf öffentliche Unternehmen siehe insbesondere Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 253 ff., sowie Scholz, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht 1969 S. 97 (131) und Koenigs JUS 1962, S. 344.

2) Klein, Teilnahme, S. 228.

3) Vgl. dazu BVerfGE 4 S. 19; BVerfGE 12 S. 367; BVerfGE 17 S. 311; BVerwG JUS 1972 S. 597; Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 180 ff.; zu den Grenzen gesetzlich begründeter Privilegien vgl. insbesondere BVerfGE 18, S. 125, sowie Leisner, BB 1970 S. 405; Rübner, Formen, S. 415, und Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S. 280.

4) Vgl. Leisner, BB 1970, S. 407.

5) Vgl. oben § 2 A.

6) Siehe S. 282.

Privilegierung der staatlichen Wettbewerbsunternehmen, so handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, obwohl die Intervention privatrechtlich durch Einschaltung von Privatrechtssubjekten dem privaten Unternehmer gegenüber zur Wirkung gebracht wird. Der Abwehranspruch wird nicht gegenüber dem privatrechtlich handelnden, staatlich beeinflussten Unternehmen, sondern gegen das einflussnehmende und privilegierende Handeln des Staates geltend gemacht. Dabei geht es nicht darum, ob der Staat bei der gesellschaftsrechtlich bewirkten Einflußnahme eine Vorschrift des privaten Gesellschaftsrechts verletzt hat, sondern es geht ausschließlich um das Recht des Staates zum Eingriff in die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen des privaten Unternehmers. Ein solches Recht kann nur öffentlich-rechtlicher Natur sein ¹⁾.

Die Einflußnahme des Staates auf das staatliche Unternehmen und seine Privilegierung ist dem privaten Konkurrenzunternehmen gegenüber ein Verwaltungsakt, da durch die, im Verhältnis zu ihm öffentlich-rechtliche Maßnahme seine Rechtsposition unmittelbar verändert wird. Das staatliche Wettbewerbsunternehmen wird durch die Einflußnahme und die Privilegierung rechtlich aus der Konkurrenzsituation herausgehoben, wodurch auch die rechtliche Position der bisher mit diesem Unternehmen konkurrierenden Privatunternehmen unmittelbar verändert wird, selbst dann, wenn das privilegierte staatliche Unternehmen faktisch die Konkurrenzsituation nicht verändert bzw. die beabsichtigte Marktbeeinflussung faktisch nicht wirksam wird.

6) von S. 281:

Vgl. dazu BVerwG NJW 1969 S. 522, sowie Mössner, JUS 1971 S. 135 mit weiteren Hinweisen; vgl. insbes. auch BVerwG 17 S. 308, sowie BVerwG MDR 1972 S. 804 und EuGH NJW 1970 S. 1520.

1) Bestünde z. B. ein "Interventionsgesetz", das den Staat ermächtigte, unter Ausnutzung seiner gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten in den von ihm beeinflussten Unternehmen einen entsprechenden Einfluß auszuüben, so wären auch Streitigkeiten zwischen Staat und privaten Unternehmen aus diesem Gesetz öffentlich-rechtlich, da sie um eine Norm gingen, die ausschließlich den Staat berechnete und verpflichtete.

Da das öffentlich-rechtliche Einflußnahme- und Privilegierungsverbot auch den Schutz der privaten Unternehmer bezweckt, können diese auch nach § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen, durch den Verwaltungsakt in ihren Rechten verletzt zu sein ¹⁾.

Durch das Verbot des indirekten Eingriffs und die Möglichkeit des privaten Wettbewerbsteilnehmers, dieses Verbot auch rechtlich zur Wirkung zu bringen, sind alle eingangs aufgestellten allgemeinen Forderungen im Hinblick auf die Garantenstellung des Staates erfüllt. Ist das staatlich beeinflusste Wettbewerbsunternehmen eine AG, so bleiben auch im Falle einer beabsichtigten wirtschaftspolitischen Intervention in dem Dreiecksverhältnis Staat - AG - privates Unternehmen alle öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen gewahrt. Obwohl der Staat gegenüber dem privaten Wettbewerbsteilnehmer selbst nicht unmittelbar in Erscheinung tritt und obwohl dieser keine öffentlich-rechtlichen Abwehransprüche gegen die AG hat, kann er eine mögliche indirekte Verletzung seiner Rechte verhindern. Im Verhältnis privater Unternehmer - Staat besteht ein öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch darauf, daß der Staat in seinen Beziehungen zur AG solche Maßnahmen unterläßt, die wegen ihres Einflusses auf das Konkurrenzverhältnis AG - privater Unternehmer diesen in seinen Grundrechten beeinträchtigt ²⁾. Im Falle der Eingriffsverwaltung läßt sich somit das Prinzip der Garantenstellung voll verwirklichen.

C Die Garantie des Leistungsanspruchs

Der staatlichen Leistungsvergabe stehen regelmäßig öffentlich-rechtliche Leistungsansprüche der Bürger gegenüber. Fehlt es an

1) Zur Klagebefugnis bei der "Konkurrentenklage" vgl. die aufgeführten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts sowie Mössner, JUS 1971 S. 133 mit weiteren Hinweisen; a. A. Schlichter, DVBl 1966, S. 738.

2) Im Ergebnis ebenso Klein, Teilnahme, S. 271.

einer speziellen öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlage, so ergibt sich ein Leistungsanspruch des Bürgers gegen den Staat vielfach aus Art. 3 GG. Organisiert der Staat seine Leistungsvergabe so, daß er einen Dritten, z. B. eine AG, als Leistungsmittler einschaltet, so darf dies nach den Grundsätzen der Garantenstellung nicht dazu führen, daß der öffentlich-rechtliche Leistungsanspruch des Bürgers dabei untergeht. Ist der AG als Leistungsmittler vom Staat die Vergabe der Leistung nicht zur Wahrnehmung als staatliche Verwaltungsaufgabe öffentlich-rechtlich übertragen, d. h. ist sie kein Verwaltungsträger, so kann sich der öffentlich-rechtliche Leistungsanspruch des Bürgers nicht gegen die AG, sondern nur gegen den Staat richten. Das Dreiecksverhältnis Staat - AG - Bürger kann in diesem Fall nur so ausgestaltet sein, daß der Bürger gegen den Staat als Garanten der Leistung einen öffentlich-rechtlichen Anspruch darauf hat, daß dieser auf die AG als Leistungsmittler einwirkt, damit sie dem Bürger die Leistung gewährt. Anders als beim Verbot des indirekten Eingriffs richtet sich der öffentlich-rechtliche Anspruch des Bürgers nicht allein gegen das staatliche Handeln, sondern bezieht auch das Handeln des Leistungsmittlers in den Anspruch mit ein. Zur Verhinderung eines indirekten Eingriffs reicht es aus, wenn allein dem Staat ein bestimmtes Verhalten untersagt werden kann. Zur Durchsetzung eines öffentlich-rechtlichen Leistungsanspruchs des Bürgers ist es dagegen erforderlich, daß sowohl der Staat als auch der Verwaltungsmittler zu einem positiven Tun verpflichtet werden.

Der Leistungsanspruch des Bürgers gegen den Staat wird bei der Einschaltung von Aktiengesellschaften als Leistungsmittlern, die nicht Verwaltungsträger sind, am ehesten gewährt, wenn die Handlungspflichten von Staat und AG öffentlich-rechtlich begründet sind. Dies ist der Fall, wenn der Staat die AG öffentlich-rechtlich verpflichtet hat, bestimmte Leistungen an die Bürger zu gewähren und die Bürger ihren Leistungsanspruch dadurch durchsetzen können, daß sie den Staat rechtlich dazu zwingen können,

auf die Einhaltung der dem Staat gegenüber bestehenden Leistungspflicht der AG zu achten. Typisch für eine solche Ausgestaltung des Dreiecksverhältnisses Staat - AG - Bürger sind die "öffentlichen Einrichtungen" der Gemeinden, an deren Beispiel die rechtlichen Verhältnisse im einzelnen näher erläutert werden sollen.

I Die AG als Träger einer öffentlichen Einrichtung

Nach den Nachfolgebestimmungen der Ländergemeindeordnungen zu § 18 DGO haben alle Bürger einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Benutzung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen ¹⁾. Eine öffentliche Einrichtung entsteht dadurch, daß bestimmte Sachen durch Widmung an einen öffentlichen Zweck gebunden und der Allgemeinheit zugänglich gemacht werden ²⁾. Eine solche Widmung kann ausdrücklich durch Rechtssatz, Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag, ebenso aber auch durch konkludentes Handeln erfolgen ³⁾. Bei dem regelmäßig unproblematischen Normalfall einer solchen Widmung wird eine gemeindeeigene, nichtrechtsfähige Sachgesamtheit durch Bindung an einen öffentlichen Zweck der Allgemeinheit als öffentliche Einrichtung zur Verfügung gestellt ⁴⁾. Eine Dreiecksbeziehung besteht hier nicht, der öffentlich-rechtliche Benutzungsanspruch des Bürgers richtet sich hier notwendigerweise gegen die Gemeinde.

Problematischer wird es, wenn die zweckgebundene Sachgesamtheit nicht der unmittelbaren Verfügungsgewalt der Gemeinden unterliegt, sondern ein selbständiges Rechtssubjekt Träger der öffentlichen

1) Vgl. § 18 GO NRW und § 19 Hess. GO.

2) Vgl. dazu Muntzke-Schlempp, Anm. IV zu § 19; Kottenberg-Rehn, Anm. zu § 18; Pappermann, JZ 1969, S. 485; OVG Münster NJW 1969 S. 1077 sowie Bay VGH NJW 1969, S. 1078.

3) Muntzke-Schlempp, Anm. IV zu § 19; Kottenberg-Rehn, Anm. zu § 18 jeweils mit weiteren Hinweisen; vgl. auch schon PrOVGE 94 S. 145. Beispiele für Widmungen durch konkludentes Handeln gibt Ossenbühl, DVBl 1973, S. 290.

4) Z. B. als Straße, Friedhof, Badeanstalt oder als Verkehrsunternehmen in Form des Regie- oder Eigenbetriebes oder, was in jüngerer Zeit von besonderer Bedeutung war, als städtische Halle.

Einrichtung ist, was von der h. M. für möglich gehalten wird¹⁾. Grundsätzlich setzt auch in diesem Fall das Entstehen einer öffentlichen Einrichtung einen öffentlich-rechtlichen Widmungsakt voraus. Anders als bei den nichtrechtsfähigen Sachgesamtheiten des Staates reicht es hier aber nicht aus, daß nur die Sachen selbst mit dinglicher Wirkung öffentlichen Zwecken gewidmet werden, sondern es ist noch darüber hinaus erforderlich, daß auch der die Zweckbindung verwirklichende Träger dieser Sachgesamtheiten verpflichtet wird, diese zweckentsprechend zu verwalten²⁾. Diese Verpflichtung des Einrichtungsträgers darf dabei nur gegenüber der Gemeinde und nicht gegenüber dem anspruchsberechtigten Bürger bestehen. Wesensmerkmal der öffentlichen Einrichtungen ist, daß der Bürger einen Anspruch gegen die Gemeinde hat und daß der Bürger nur mit der Gemeinde in öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen tritt³⁾. Ist dagegen der eingeschaltete Verwaltungsmittler selbst dem Bürger gegenüber öffentlich-rechtlich verpflichtet, so ist er nicht Träger einer öffentlichen Einrichtung, sondern selbständiger Träger öffentlicher Verwaltung⁴⁾.

-
- 1) Vgl. dazu insbesondere Scholz, Öffentliche Einrichtungen, S. 27, sowie Pappermann, JZ 1969 S. 489; Wolff, Archiv für Kommunalwissenschaften 2 S. 172 ff.; Badura, JUS 1966 S. 19 Fn. 28; Kunze-Schmidt, § 10 Anm. II 3 d sowie zuletzt Ossenbühl, DVBl 1973 S. 289; dagegen: Siedentopf, Grenzen, S. 35, und Hurst, DVBl 1965 S. 524.
 - 2) Zur Notwendigkeit der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Einrichtungsträgers vgl. insbesondere Scholz, a.a.O. S. 136.
 - 3) Badura, JUS 1966, S. 19; Muntzke-Schlemp, Anm. VII 3 zu § 19; Siedentopf, a.a.O. S. 35; Bay VGH Bay VBl 1955 S. 60, jeweils mit weiteren Hinweisen.
 - 4) Auf diesen Unterschied verweist am Beispiel des beliehenen Unternehmers besonders VGH Baden-Württemberg BW VwBl 1969 S. 10; Ossenbühl DVBl 1973 S. 293 behandelt die selbständigen Einrichtungsträger wie die Verwaltungsträger in dem hier gebrauchten Sinne, indem er den Bürgern ihnen gegenüber einen unmittelbaren öffentlich-rechtlichen Zulassungsanspruch gewährt. Durch diese Gleichsetzung werden aber nicht die denkbaren Fälle erfaßt, bei denen die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der eingeschalteten Leistungsträger bewußt und gewollt nur gegenüber dem Staat zur Entstehung gebracht werden. Ungeachtet dieses Unterschiedes bestätigt die Darstellung Ossenbühls die Möglichkeit, ein Privatrechtssubjekt durch öffentlich-rechtlichen Rechtsakt so in die Verwaltungstätigkeit miteinzubeziehen, daß es in Ausübung der übertragenen Tätigkeit öffentlich-rechtlichen Pflichten, insbesondere den Grundrechten, unterworfen wird.

Genau wie die dingliche Widmung der in Anspruch genommenen Sachgesamtheit muß auch die persönliche Verpflichtung des Einrichtungsträgers öffentlich-rechtlich begründet sein. Dies nicht nur deswegen, weil beide Verpflichtungen regelmäßig durch einen Rechtsakt begründet werden, sondern auch deshalb, weil der Einrichtungsträger ebenfalls in eine öffentlich-rechtliche Pflichtenstellung einrückt. Er wird verpflichtet, die öffentlichen Sachen der Zweckbindung entsprechend zu verwalten und wird damit selbst an einen öffentlichen Zweck gebunden. Diese öffentliche Zweckbindung des Einrichtungsträgers muß dabei so ausgestaltet sein, daß die Gemeinde sie ihm gegenüber unmittelbar durchsetzen und ihm im Einzelfall zur Erfüllung des gegen die Gemeinde gerichteten Leistungsanspruchs des Bürgers rechtlich verpflichten kann ¹⁾.

Soll eine AG Träger einer öffentlichen Einrichtung werden, so müssen demnach folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

Die Gemeinde muß die AG rechtlich zur Gewährung der Leistung an den anspruchsberechtigten Bürger verpflichten können. Ein nur gesellschaftsrechtlich begründeter Einfluß reicht dafür nicht aus, da durch ihn die AG in ihrer Gesamtheit nicht mit rechtlicher Wirkung verpflichtet werden kann. Der aktienrechtlich gegebene Einfluß des staatlichen Aktionärs auf das Verhalten der Gesellschaft ist nur ein faktischer Einfluß und wegen der Weisungsfreiheit der Organmitglieder und der unabhängigen Stellung des Unternehmensvorstandes im Konfliktfall rechtlich ohne Wirkung. Eine rechtlich durchsetzbare Verhaltensanweisung der Gemeinde gegenüber der AG ist demzufolge nur aufgrund besonderer Regelungen möglich.

Die durch § 70 Abs. 2 DGO und seine Nachfolgevorschriften gegebene Weisungsbefugnis der Gemeinde gegenüber den von ihnen ent-

1) Vgl. dazu Pappermann, JZ 1969, S. 489, sowie BW VGH BW VwBl 1969 S. 10 (11); vgl. auch Klein, Teilnahme, S. 89. Kunze-Schmid, Anm. 3 d zu § 10, scheinen demgegenüber einen faktischen Einfluß ausreichen zu lassen.

sandten Aufsichtsratsmitgliedern ¹⁾ reicht als eine solche besondere Regelung nicht aus, da nach § 101 Abs. 2 AktG nur maximal ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder entsandt und demzufolge an Weisungen gebunden werden dürfen ²⁾ und eine für das Verhalten der AG entscheidende Bindung des Vorstandes sich auf diesem Wege überhaupt nicht erzielen läßt.

Rechtlich kann die Gemeinde eine AG nur dann zu einem bestimmten Verhalten veranlassen, wenn die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit gegenüber dem Staat zu einer Leistung an den Bürger verpflichtet wird. Als Form einer solchen Verpflichtung kommen vertragliche Regelungen, der Verwaltungsakt auf Unterwerfung und konkludentes Handeln in Betracht.

Durch die vertragliche Regelung muß sich die AG dazu verpflichten, die gegen die Gemeinde gerichteten Leistungsansprüche des Bürgers zu erfüllen. Dies geschieht insbesondere dadurch, daß vertraglich eine Betriebspflicht und ein Kontrahierungszwang für die AG begründet wird ³⁾. Da Gegenstand solcher Verträge die Sicherung öffentlich-rechtlicher Leistungsansprüche ist, sind sie öffentlich-rechtlicher Natur. Enthalten daher die grundsätzlich privatrechtlichen "Konzessionsverträge" ⁴⁾ über die Nutzungsregelungen an gemeindlichem Eigentum und über die "Konzessionsabgaben" hinaus weitergehende Bestimmungen, die Ausfluß der Leistungsgarantie des Staates gegenüber den Bürgern sind, so wird ihre Rechtsnatur entsprechend den "Delegationsverträgen" ⁵⁾ geändert ⁶⁾.

1) Vgl. oben § 5 B.

2) Vgl. oben § 5 B.

3) Solche Regelungen sind mit dem Aktienrecht vereinbar; vgl. dazu sowie zu den weiteren Möglichkeiten der vertraglichen Ausgestaltung des Verhältnisses Staat - AG oben § 4 C.

4) Vgl. BGH JUS 1972 S. 603, sowie Wagner, JUS 1968 S. 197 mit weiteren Nachweisen.

5) Vgl. dazu oben § 8 B II 4 d.

6) Gerade wegen dieser speziellen Pflichten schließen auch Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 55, und Vogel, Wirtschaftseinheiten, auf den öffentlich-rechtlichen Charakter solcher Verträge.

So wie die Verwaltungsträgerschaft einer AG kann auch die Einrichtungsträgerschaft außer durch vertragliche Regelungen auch durch Verwaltungsakt auf Unterwerfung und durch konkludentes Handeln begründet werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich eine AG in ihrer Satzung - mit Zustimmung aller Aktionäre - dazu verpflichtet, bestimmte Leistungsansprüche des Bürgers gegenüber der Gemeinde zu erfüllen, indem sie sich selbst z. B. eine Betriebs- und Kontrahierungspflicht auferlegt und die Gemeinde ausdrücklich einen dementsprechenden Verwaltungsakt erläßt oder aber dadurch, daß die genannte Satzungsbestimmung unter Mitwirkung der Gemeinde als Aktionär zustande kommt und diese damit durch konkludentes Handeln die Einrichtungsträgerschaft der AG bestätigt ¹⁾.

Im wesentlichen entsprechen damit die Voraussetzungen für die Begründung der Einrichtungsträgerschaft denjenigen der Verwaltungsträgerschaft einer AG. Der entscheidende Unterschied besteht nur in der verschiedenen Anordnung der Rechtspflichten in dem Dreiecksverhältnis Staat - AG - Bürger. Bei der Verwaltungsträgerschaft hat der Bürger einen unmittelbaren öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen die AG, bei der Einrichtungsträgerschaft bestehen öffentlich-rechtliche Verpflichtungen der AG nur gegenüber dem Staat. Der öffentlich-rechtliche Leistungsanspruch des Bürgers ist nur gegen diesen gerichtet ²⁾.

Praktisch kann dies vor allem bei gemeindlichen "Stadthallen- und Ausstellungs-Aktiengesellschaften" werden, die ihre Einrichtungen Parteien für politische Veranstaltungen zur Verfügung stellen. Alle nicht verbotenen Parteien haben aufgrund der Gemeindeordnungen einen Anspruch auf die Benutzung städtischer

1) Zur Widmung öffentlicher Einrichtungen, die nicht im Eigentum der Gemeinden stehen, vgl. insbesondere OVG Lüneburg DVBl 1964 S. 365.

2) So ausdrücklich für die Einrichtungsträgerschaft von Aktiengesellschaften auch Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 124.

Hallen¹⁾. Werden diese Hallen von Aktiengesellschaften als öffentliche Einrichtungen getragen, so richtet sich der Zulassungsanspruch der Parteien gegen die Gemeinde und verpflichtet diese, die ihr gegenüber bestehende öffentlich-rechtliche Verpflichtung der AG so zur Wirkung zu bringen, daß die AG den Parteien ihre Halle zur Verfügung stellt²⁾. Wird eine Veranstaltungs- und Ausstellungshalle dagegen von einer AG als Verwaltungsträger unterhalten, so richtet sich der Benutzungsanspruch der Parteien unmittelbar gegen die AG; Anspruchsgrundlage ist in diesem Falle nicht die Gemeindeordnung, sondern § 5 Parteiengesetz i. V. mit Art. 3 und Art. 21 GG³⁾.

Durch die Einschaltung eines privaten Verwaltungsmittlers als Träger einer öffentlichen Einrichtung geht somit der öffentlich-rechtliche Leistungsanspruch des Bürgers gegen die Gemeinde nicht verloren. Die Leistung an den Bürger wird durch die öffentlich-rechtliche Verpflichtung der AG gegenüber der Gemeinde garantiert. Die Begründung einer Einrichtungsträgerschaft ist daher ein geeignetes Mittel, um eine AG unter Berücksichtigung der Garantenstellung des Staates in die öffentliche Leistungsverwaltung mit einzubeziehen.

II Die Verpflichtung des staatlichen Aktionärs zum Gebrauch seiner gesellschaftsrechtlichen Einflußmöglichkeiten

Benutzt der Staat zur Leistungsvergabe eine AG, ohne diese als Verwaltungsträger öffentlich-rechtlich mit der Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe zu betrauen oder sie öffentlich-rechtlich als Träger einer öffentlichen Einrichtung zur Erfüllung gegen den

1) Vgl. hierzu die zahlreichen Urteile über die Ansprüche der NPd: BVerwG MDR 1969 S. 287; OVG Münster DVBl 1968 S. 844; VGH Mannheim DÖV 1968 S. 180; vgl. dazu insbesondere auch Knies, Bay VerwBl 1968 S. 231.

2) Vgl. dazu Pappermann, JZ 1969 S. 489 mit weiteren Hinweisen.

3) Vgl. dazu OLG Hamburg MDR 1969 S. 677 zur Verpflichtung der STÄDTISCHEN AUSSTELLUNGSPARK-KG.

Staat gerichteter Leistungsansprüche der Bürger zu verpflichten, so bleiben zur Durchsetzung der staatlichen Garantenpflicht nur die dem Staat als Aktionär zustehenden aktienrechtlichen Einflußmöglichkeiten.

Ist die Begründung einer Verwaltungs- oder Einrichtungsträgerschaft für eine AG mit staatlicher Beteiligung nicht möglich, weil z. B. einige Privataktionäre die dafür erforderliche Zustimmung verweigern, so kann die AG - außer durch Gesetz - weder dem Bürger noch dem Staat gegenüber öffentlich-rechtlich zu einer Leistung oder einer sonstigen Handlung verpflichtet werden. In dem Dreiecksverhältnis Staat - AG - Bürger kann demzufolge nur der Leistungsanspruch des Bürgers gegen den Staat öffentlich-rechtlich begründet sein. Die Verpflichtung der AG durch den Staat sowie das Verhältnis zwischen AG und Bürger können dagegen nur privatrechtlicher Natur sein. Der Staat kann seiner öffentlich-rechtlichen Garantenpflicht dem Bürger gegenüber somit nur mit privatrechtlichen Mitteln nachkommen. Diese Beschränkung der Mittel berührt die Garantenpflicht des Staates als solche grundsätzlich nicht, sondern hat allenfalls Auswirkungen auf die Möglichkeit ihrer Realisierung. Die Garantenstellung begründet für den Staat die Pflicht, alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel einzusetzen, um einen Verlust öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen bei der Einbeziehung Dritter in die Leistungsgewährung zu vermeiden. Grundsätzlich besteht deshalb auch die Pflicht des staatlichen Aktionärs, mit den ihm zur Verfügung stehenden aktienrechtlichen Einflußmöglichkeiten die mit der Leistungsabwicklung betraute AG zur Beachtung der öffentlich-rechtlichen Pflichten des Staates zu veranlassen¹⁾. Auf die Beachtung dieser Pflicht und das Geltendmachen dieses Einflusses

1) Vgl. dazu Rüfner, Formen, S. 418; Forsthoff, Lehrbuch, S. 485; Emmerich, JUS 1970 S. 335; Salzwedel, in: Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes NRW, S. 242; Knies Bay VB1 1968 S. 233; OVG Lüneburg DVBl 1964 S. 365; Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 152 f.; Schaumann, JUS 1961 S. 115; vgl. auch Bettermann, Festschrift für Hirsch, S. 3.

hat der leistungsberechtigte Bürger dem Staat gegenüber grundsätzlich auch einen Anspruch ¹⁾.

Bei Aktiengesellschaften stößt die Verwirklichung dieses Grundsatzes allerdings auf erhebliche Schwierigkeiten. Der Einfluß des staatlichen Aktionärs auf die AG besteht allenfalls faktisch und ist rechtlich nicht durchsetzbar. Der staatliche Aktionär kann wie jeder andere Aktionär nur über die Hauptversammlung im Rahmen der diesem Gesellschaftsorgan zustehenden Kompetenzen auf die Willensbildung und das Verhalten der AG Einfluß nehmen ²⁾. Eine Weisungsbefugnis besteht weder gegenüber der Gesellschaft insgesamt noch gegenüber einzelnen Unternehmensorganen und auch nicht gegenüber den vom Staat gewählten oder entsandten Mitgliedern der Gesellschaftsorgane ³⁾.

Trotz dieser aktienrechtlichen Beschränkungen der Einflußnahme können die regelmäßig bestehenden faktischen Einflußmöglichkeiten nicht übersehen werden. Die personelle Verflechtung zwischen Unternehmen mit staatlicher Beteiligung und den staatlichen Stellen ⁴⁾, eine häufige finanzielle Abhängigkeit der Gesellschaft von ihrem staatlichen Aktionär und nicht zuletzt die Absicht der einzelnen Organmitglieder, bei den nächsten Wahlen zum Aufsichtsrat oder Vorstand in ihrem Amt bestätigt zu werden, lassen einen staatlichen Einfluß auf die AG, ihre Organe und Organmitglieder zur Wirkung kommen. Begrenzt wird eine solche faktische Einfluß-

1) Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 152; Salzwedel, a.a.O., spricht in diesem Fall von einem "Beschaffungsanspruch".

2) Vgl. oben § 3 A I.

3) Vgl. oben § 3 A II. Die ausnahmsweise bestehende Weisungsgewalt der gemeindeabhängigen Aufsichtsratsmitglieder kann hier vernachlässigt werden, da diese nur für maximal ein Drittel aller Aufsichtsratsmitglieder zutreffen kann, vgl. oben § 5 B II.

4) Im Aufsichtsrat staatlicher Beteiligungsgesellschaften sind regelmäßig einflußreiche Repräsentanten des Staates - häufig sogar die Spitze der Exekutive - vertreten; vgl. z. B. die Zusammensetzung der Unternehmensorgane der BEWAG, oben § 3 A I Fn. 2 auf S. 25.

nahme nur durch den Unternehmenszweck, anhand dessen gesellschaftsschädliche und damit rechtswidrige Einflußnahmen zu ermitteln sind.

Diesen faktischen Einfluß auf die AG hat der staatliche Aktionär im Sinne seiner Garantenpflicht so auszuüben, daß sich die Gesellschaft dem Bürger gegenüber so verhält, daß der Leistungsanspruch des Bürgers gegenüber dem Staat dabei seine volle Berücksichtigung findet. Auf diese faktische Einflußnahme dürfte der Bürger dem Staat gegenüber grundsätzlich auch einen Anspruch haben ¹⁾. Rechtlich durchsetzbar ist er allerdings nicht, da es sich eben nur um einen faktischen und nicht um einen rechtlich gesicherten Einfluß handelt. Der in Anspruch genommene Staat hat keine Möglichkeit, im Konfliktfall einen rechtlich begründeten Einfluß auf die AG auszuüben.

Den Bürger braucht dieses rechtliche Unvermögen des Staates aber nicht zu berühren. Macht der Staat nämlich von seiner faktischen Einflußmöglichkeit keinen Gebrauch oder reicht diese im Einzelfall nicht aus, so schlägt die aus der Garantenstellung abgeleitete Pflicht zur Einflußnahme um in die ebenfalls darin begründete Pflicht zum Ausgleich des Defizits an öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen.

III Die Pflicht des staatlichen Garanten zum Ausgleich des Defizits und zur garantengerechten Organisation

Dort, wo sich die Garantenstellung des staatlichen Aktionärs nicht durch rechtlich durchsetzbare Einflußnahmen des Staates auf die AG aktualisieren läßt, kann ihr nur dadurch Rechnung getragen werden, daß der Staat selbst für die Gewährung der Leistung einsteht und das durch die organisatorischen Schwierigkeiten entstandene Defizit an öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen

1) Vgl. Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 152.

des anspruchsberechtigten Bürgers ausgleicht ¹⁾. Diese Ausgleichspflicht des Staates entspricht nicht nur einer allgemeinen Forderung der Garantenstellung, sondern findet darüber hinaus auch konstruktiv eine Parallele in anderen, weitgehend geklärten Fällen. Bedient sich der Staat z. B. zur Durchführung seiner hoheitlichen Verwaltungsaufgaben privater Dritter auf vertraglicher Grundlage, ohne sie zum Verwaltungs- oder Einrichtungsträger zu machen, so haftet er dem Bürger gegenüber für Schäden, die dieser durch die Tätigkeit des beauftragten Dritten erleidet ²⁾. Der Staat muß sich die Handlungen des von ihm benutzten "Werkzeuges" ³⁾ bzw. des beauftragten "Erfüllungsgehilfen" ⁴⁾ dem Bürger gegenüber als eigenes Handeln anrechnen lassen.

Beauftragt der Staat einen Dritten auf die gleiche Weise mit der Vergabe von Leistungen und verweigert dieser einem anspruchsberechtigten Bürger willkürlich die Vergünstigung, so hat der Staat für diese Verweigerung ebenfalls einzustehen. Stützt sich der Anspruch des Bürgers z. B. auf Art. 3 GG, so kann er dem Staat gegenüber auf die Leistungen des beauftragten Dritten an andere Bürger verweisen. Diese Begünstigung muß sich der Staat als eigenes Handeln anrechnen lassen, so daß er selbst nunmehr unmittelbar aus Art. 3 GG zur Leistung verpflichtet wird. Das gleiche muß gelten, wenn der Staat den Dritten mit der Leistungsvergabe nicht vertraglich betraut, sondern sie einer AG überläßt, an der er selbst beteiligt ist. Auch hier muß sich der Staat das begünstigende Handeln der auf diese Weise zum "Werkzeug" oder "Erfüllungsgehilfen" gewordenen AG als eigenes Handeln anrechnen lassen, mit der Folge, daß er gegenüber den Bürgern sich in der gleichen Position befindet, als ob er selbst begünstigt hätte und er deswegen auf Art.

1) Vgl. Gallwas, VVDStRL 29 S. 230.

2) Vgl. dazu BGHZ 48 S. 98 (103) für von Bauunternehmern verursachte Immissionen beim Autobahnbau sowie BGH NJW 1970 S. 2208 für von einem Bauunternehmer verursachte Schäden beim Bau von Abwässeranlagen.

3) So ausdrücklich BGHZ 48 S. 103.

4) siehe S. 295.

3 GG gestützte Leistungsansprüche des Bürgers selbst zu erfüllen hätte.

Handelt es sich bei der Leistung um die Zuwendung von Geld, so bereitet die Verwirklichung dieser Ausgleichspflicht keine größeren Schwierigkeiten. Verweigert z. B. ein in die Subventionsvergabe eingeschaltetes Bankunternehmen einem anspruchsberechtigten Bürger zu Unrecht die Vergünstigung und kann der staatliche Garant die Bank nicht zur Gewährung des Zuschusses oder Darlehens veranlassen, so hat der Staat die Subvention selbst und unmittelbar an den Bürger zu gewähren. Kommt der Staat dieser Garantenpflicht nicht nach, so kann der Bürger seinen Anspruch auf dem Verwaltungsrechtsweg erzwingen ¹⁾.

Schwieriger ist die Durchsetzung der Garantenpflicht bei der Gewährung von Sachleistungen wie z. B. bei der Vergabe von Hallen zu Wahlkampfzwecken. Ist eine AG mit staatlicher Kapitalbeteiligung Eigentümerin einer Halle, ohne als Verwaltungsträger mit der Vergabe der Halle zu öffentlichen Zwecken öffentlich-rechtlich betraut oder als Träger einer öffentlichen Einrichtung dem Staat gegenüber zur Vergabe verpflichtet zu sein und verweigert die AG einer Partei im Gegensatz zu anderen Parteien die Benutzung der Halle, so erfordert die in der staatlichen Beteiligung an dieser AG begründete Garantenstellung grundsätzlich zwar, daß der anspruchsberechtigten Partei das entstandene Defizit ersetzt wird, die Verwirklichung dieses Grundsatzes wird dabei allerdings nicht immer ohne weiteres möglich sein. Der Leistungsanspruch der Partei gegen den Staat kann in diesem Fall nur darauf gerichtet sein, daß ihr vom Staat Ausweichmöglichkeiten und Alternativen an-

4) von S. 294:

So BGH NJW 1970 S. 2209, wo mit ausführlicher Begründung § 278 BGB auch im Bereich des hoheitlich-staatlichen Handelns für anwendbar erklärt wird. Zur Stellung Privater als "Werkzeug" oder "Erfüllungsgehilfe" im Bereich staatlicher Hoheitsverwaltung vgl. auch BVerwG DVBl 1970 S. 736 betr. das Aufstellen von Verkehrszeichen durch private Bauunternehmer.

1) Zuleeg, Die Rechtsform der Subvention, S. 94.

geboten werden ¹⁾. Verfügt z. B. eine an einer "Hallen-AG" beteiligte Gemeinde zusätzlich noch über eigene Räumlichkeiten, die für die Durchführung von Wahlveranstaltungen geeignet sind, ohne daß diese einem solchen Zweck gewidmet sind und bisher auch noch keiner anderen Partei zur Verfügung gestellt wurden, so dürfte der Leistungsanspruch der Partei gegen die Gemeinde daraufgerichtet sein, daß ihr zum Ausgleich des Defizits die Benutzung dieser Räume ermöglicht wird.

Bestehen solche Alternativen und Ausweichmöglichkeiten nicht und kann demzufolge die staatliche Garantenpflicht nicht verwirklicht werden, so liegt ein Organisationsmangel vor, den der Staat aufgrund seiner Garantenstellung zu beseitigen hat ²⁾. Der Staat hat in diesem Fall entweder Alternativen und Ausweichmöglichkeiten zu beschaffen oder aber die Leistungsvergabe in eigene Regie zu übernehmen ³⁾ bzw. sie privaten Verwaltungs- oder Einrichtungsträgern zu übertragen. Kann oder will er dies nicht, so führt die unerfüllte bzw. unerfüllbare Garantenpflicht zur Rechtswidrigkeit der die Garantenstellung begründenden Beteiligung an der AG ⁴⁾. Der staatliche Aktionär hat in diesem Falle seine Beteiligung aufzugeben.

Die Pflicht zur garantengerechten Organisation führt umgekehrt dazu, daß der staatliche Aktionär dort, wo die Garantenstellung verwirklicht ist, Maßnahmen zu unterlassen hat, die ihre Durchsetzung verhindern oder erschweren würde. Ist z. B. eine AG Verwaltungsträger, weil es sich um eine staatliche Eigengesellschaft handelt ⁵⁾, so darf der staatliche Alleinaktionär die daraus

1) Vgl. Gallwas, VVDStRL 29 S. 230.

2) Gallwas, a.a.O. S. 231.

3) Zur Leistungssicherung durch organisatorische Maßnahmen bei der Subventionsvergabe mit Hilfe privater Subventionsvermittler vgl. auch Zacher, VVDStRL 25 S. 379.

4) Zur Rechtswidrigkeit bei Unerfüllbarkeit der Garantenpflicht, vgl. Gallwas, a.a.O. S. 231; vgl. auch Berkemann, Kapitalbeteiligung, S. 143.

5) Zur Verwaltungsträgerschaft vom Eigengesellschaften vgl. oben § 8 B II 4 c, aa.

resultierende und von ihm vielfach als lästig empfundene öffentlich-rechtliche Pflichtenstellung¹⁾ nicht dadurch unterlaufen, daß er eine Aktie der AG an einen Dritten verkauft und die öffentliche Zweckbindung der Gesellschaft aufhebt. Tut der staatliche Aktionär dies dennoch, so liegt ein von ihm zu vertretender Organisationsmangel vor, der Schadensersatzansprüche des anspruchsberechtigten Bürgers begründen kann.

Als Maßnahme zur organisatorischen Absicherung der Garantienpflicht des staatlichen Aktionärs wird man nicht zuletzt auch verlangen müssen, daß die jeweilige Form der Einschaltung des privaten Verwaltungsmittlers in die öffentliche Verwaltung ausreichend bekannt gemacht wird²⁾. Die öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen des Bürgers gegenüber der öffentlichen Verwaltung können nur dann voll zur Geltung gebracht werden, wenn im Einzelfall bekannt ist, ob eine AG als Verwaltungsträger tätig ist, oder ob sie als Träger einer öffentlichen Einrichtung nur dem Staat gegenüber öffentlich-rechtlich zu einer Tätigkeit für die Verwaltung verpflichtet ist, oder ob der Staat nur als Garant für die Verwaltungstätigkeit in Anspruch genommen werden kann.

1) Vgl. hierzu insbesondere die Bemühungen der Gemeinden, die Vergabe von Hallen zu Wahlkampfzwecken an die NPD zu verhindern; vgl. dazu BVerwG MDR 1969, S. 787; BW VGH VB1 1969 S. 10; OLG Hamburg MDR 1969 S. 677.

2) Zu dieser Publizitätspflicht vgl. insbesondere Wenger, Öffentliche Unternehmen, S. 610; Berkemann, Kapitalbeteiligung, sowie Gallwas, VVDStRL 29 S. 231; vgl. dazu auch Strickrodt, Gewerbliche Staatsunternehmen, S. 13.

ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE IN THESEN

I.

1. Das Aktiengesetz räumt Bund, Ländern und Gemeinden die Möglichkeit ein, Aktiengesellschaften zu gründen und sich an Aktiengesellschaften zu beteiligen.

Bund, Länder und Gemeinden machen von dieser Möglichkeit in beträchtlichem Umfang Gebrauch, um mit Hilfe der von ihnen beeinflussten Aktiengesellschaften sowohl erwerbswirtschaftliche als auch in erheblichem Maße öffentliche Zwecke zu verfolgen.

2. Die mit einer staatlichen Beteiligung an Aktiengesellschaften und die mit der Erfüllung öffentlicher Zwecke durch staatlich beeinflusste Aktiengesellschaften verbundenen besonderen Probleme werden im Aktiengesetz nicht behandelt und gelöst. Unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen der Staat sich bei der Verfolgung öffentlicher Zwecke die privatrechtliche Organisationsform "Aktiengesellschaft" nutzbar machen kann und darf und welche Regelungen für das am öffentlichen Interesse orientierte Handeln einer staatlich beeinflussten Aktiengesellschaft gelten, muß aus den allgemeinen Regeln des Aktienrechts sowie des Staats- und Verwaltungsrechts entwickelt werden.

II.

3. Dem Staat als Aktionär ist nach dem Aktienrecht nur in begrenztem Umfang die Möglichkeit gegeben, über die Aktionärsrechte Einfluß auf das Handeln einer Aktiengesellschaft und ihrer Organe zu nehmen und sie sich für staatliche Ziele nutzbar zu machen. Die vom Aktiengesetz gewollte strenge Aufteilung der innergesellschaftlichen Verantwortlichkeiten und die weitgehende Trennung

der unternehmerischen Leitungsmacht von der Eigentümerstellung durch die starke Betonung der Eigenverantwortlichkeit des zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Vorstandes schließmeine unmittelbare und rechtlich verbindliche Einflußnahme auf die Geschäftsführung und damit auf das Verhalten der Aktiengesellschaft aus. Der staatliche Aktionär ist, wie jeder andere Aktionär auch, vielmehr darauf angewiesen, seine Vorstellungen und Interessen durch indirekte Einflußnahme über die Personalentscheidung im Rahmen der unternehmerischen Gesamtzielsetzung geltend zu machen. Daran ändert auch nichts die mögliche Ausnutzung von aktienrechtlichen Sonderrechten. Mehrstimmrechte, ein Entsendungs- und gesteigertes Informationsrecht können die Position eines staatlichen Aktionärs nur im Verhältnis zu den übrigen Aktionären verbessern. Die innergesellschaftliche Kompetenzaufteilung und die eigenverantwortliche Leitungsmacht des Vorstandes bleiben davon unberührt. Die Ausnutzung von Sonderrechten des Aktiengesetzes ist daher nur geeignet, die Möglichkeiten der indirekten Einflußnahme zu verbessern.

4. Eine nachhaltige, die Gesellschaft und alle ihre Organe bindende Ausrichtung des Unternehmens auf ein besonderes Interesse des beteiligten staatlichen Aktionärs ist nur über die Definition des Unternehmenszieles möglich. Dieses wird über den Gesellschaftsgegenstand und den Gesellschaftszweck bestimmt. Der den Tätigkeitsbereich der AG umschreibende Gesellschaftsgegenstand ist satzungsrechtlich zu verankern und kann nur durch Satzungsänderung mit qualifizierter Mehrheit umgewandelt werden. Der Gesellschaftszweck als die Umschreibung der unternehmerischen Motivation und Maßstab für Erfolg und Mißerfolg, aber auch für Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Handelns der Gesellschaftsorgane kann nur einvernehmlich durch gemeinsamen Beschluß aller Aktionäre bei der Gründung festgelegt bzw. später geändert werden.

5. Die im Konzernrecht erlaubte Zweckänderung durch einen Hauptversammlungsbeschluß, für den keine Einstimmigkeit, sondern nur eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist, kann von einem staatlichen Aktionär selbst nicht unmittelbar durchgeführt werden, da den Gebietskörperschaften als solchen die vom Konzernrecht geforderte "Unternehmens"qualität fehlt. Eine Zweckänderung bei bestehenden Aktiengesellschaften unter Ausnutzung des Konzernrechts ist dem Staat nur mit Hilfe von Sonderorganisationen möglich, die den Charakter von konzernrechtlichen "Unternehmen" haben.
6. Die größten Möglichkeiten für eine Nutzbarmachung von Aktiengesellschaften eröffnet das Aktiengesetz dem Staat bei der Neugründung einer AG und bei den sog. Eigengesellschaften, die vollständig im Eigentum einer Gebietskörperschaft stehen.

III.

7. Über die aktienrechtlichen Einflußmöglichkeiten hinaus stehen einem staatlichen Aktionär unter bestimmten Voraussetzungen gesteigerte Einflußmöglichkeiten kraft öffentlichen Rechts zu.
8. Ist den Gemeinden bei den Aktiengesellschaften, an denen sie beteiligt sind, nach § 101 Abs. 2 AktG durch die Satzung ein Recht zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern eingeräumt, so sind diese nach den Gemeindeordnungen der Länder (Nachfolgevorschriften zu § 70 DGO) an die Weisungen der Gemeindevertretungen gebunden.

Die allgemeine beamtenrechtliche Gehorsams- und Folgepflicht (§ 37 BRRG und § 55 BBG) hebt dagegen die nach dem Aktienrecht bestehende grundsätzliche Weisungsungebundenheit der Aufsichtsratsmitglieder nicht auf. Beamtete Aufsichtsratsmitglieder sind bei der Ausübung ihrer organschaftlichen Tätigkeit nicht an die Weisungen ihrer Vorgesetzten gebunden, sondern dem Wohl der Aktiengesellschaft verpflichtet.

9. Gehört einer Gebietskörperschaft die Mehrheit der Anteile einer AG oder gehört ihr mindestens der vierte Teil der Anteile und steht ihr zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit der Anteile zu, so kann sie nach § 53 Abs. 1 HGrG verlangen, daß im Rahmen der Abschlußprüfung des Unternehmens auch die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung überprüft und Einzelheiten über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens dargestellt werden.
- § 54 HGrG gestattet außerdem die satzungsrechtliche Verankerung einer unmittelbaren Prüfungsbefugnis der Rechnungshöfe bei diesen Unternehmen.
10. Gesteigerte staatliche Einflußmöglichkeiten auf Aktiengesellschaften können durch spezialgesetzliche Regelungen begründet werden, die entweder die innere Struktur einer AG abweichend vom Normalfall gestalten (Zündwarenmonopolgesetz, Volkswagen-Privatisierungsgesetz) oder aber die Ausübung bestimmter Tätigkeiten im öffentlichen Interesse regeln (Personenbeförderungsgesetz, Energiewirtschaftsgesetz).
11. Eine Sonderstellung für den staatlichen Aktionär sowie eine besondere Verpflichtung der AG zur Verfolgung öffentlicher Zwecke kann durch ein Sozialisierungsgesetz nach Art. 15 GG begründet werden. Ein Sozialisierungsgesetz kann bestimmen, daß eine AG zum Zwecke der Vergesellschaftung in einen Sozialisierungsträger umgewandelt wird, d. h. eine staatliche Allein- oder Mehrheitsbeteiligung an einer AG geschaffen wird und die AG eine gemeinwohlorientierte Zwecksetzung erhält.

IV.

12. Die Möglichkeit der staatlichen Beteiligung an und der staatlichen Einflußnahme auf Aktiengesellschaften kann nicht nur kraft öffentlichen Rechts erweitert werden, sondern wird zugleich auch durch öffentlich-rechtliche, ausschließlich den Staat bindende Vorschriften begrenzt.

13. Das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung für eine Sozialisierung nach Art. 15 GG verbietet es, daß die öffentliche Hand zum Zwecke der Vergesellschaftung planmäßig Mehrheitsbeteiligungen an Unternehmen in bestimmten Wirtschaftsbereichen erwirbt; d. h. der grundsätzlich mögliche Erwerb einer staatlichen Mehrheitsbeteiligung an Aktiengesellschaften ist dann als "rechtsgeschäftliche" oder "kalte Sozialisierung" unzulässig, wenn der Erwerb der Beteiligung überbetrieblich dem Aufbau einer gemeinschaftlich ausgerichteten Wirtschaftsordnung dient.
14. Die AG ist als juristische Person nach Art. 19 Abs. 3 GG grundrechtsfähig. Die Grundrechte aus Art. 12 GG und Art. 14 GG stehen der gesetzlichen Indienstnahme einer AG zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben insoweit entgegen, als das Indienstnahmegesetz den Gesellschaftsgegenstand und den Gesellschaftszweck der AG verändert.
15. Wird die AG durch innergesellschaftliche Herrschaftsausübung eines staatlichen Aktionärs zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben veranlaßt, so kann sie sich dieser gesellschaftsrechtlich bewirkten Indienstnahme nicht unter Berufung auf ihre Grundrechte entziehen. Im Verhältnis der AG zu ihren Organen können die Grundrechte nicht zur Anwendung kommen, da die AG gegenüber ihren Organen rechtlich nicht verselbständigt ist.
16. Die Möglichkeit zur Begründung und Verstärkung eines staatlichen Einflusses in einer AG durch gesetzliche Regelungen wird begrenzt durch die selbständig neben den Grundrechten der AG bestehenden Grundrechte der Aktionäre. Die Berufsfreiheit und das Eigentumsrecht der Aktionäre stellen einen Zulässigkeitsmaßstab für die gesetzliche Regelung der innergesellschaftlichen Herrschaftsverhältnisse dar. Der Gesetzgeber kann im Rahmen des allgemeinen Gesellschaftsrechts zwar Inhalt und Schranken der Aktionärsrechte bestimmen, er kann die Rechte der Minderheits-

aktionäre jedoch nicht zur schrankenlosen Disposition eines Mehrheitsaktionärs, auch nicht eines staatlichen Mehrheitsaktionärs stellen.

17. Gegenüber der innergesellschaftlichen Einflußnahme eines staatlichen Mehrheitsaktionärs bewirken die Grundrechte der privaten Minderheitsaktionäre solange keinen besonderen Schutz, als der staatliche Mehrheitsaktionär von aktienrechtlich zulässigen Möglichkeiten der Einflußnahme Gebrauch macht. Da die Rechte der Aktionäre durch das Aktiengesetz erst definiert werden, kann eine aktienrechtskonforme Herrschaftsausübung eines Mehrheitsaktionärs nicht grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der Minderheitsaktionäre verletzen. Beschränkt wird die innergesellschaftliche Herrschaftsausübung eines staatlichen Mehrheitsaktionärs durch die Grundrechte der Minderheitsaktionäre erst dann, wenn der staatliche Mehrheitsaktionär seine bestehenden aktienrechtlichen Herrschaftsbefugnisse überschreitet und damit seine gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten mißbraucht.

V.

18. Das Handeln einer AG ist - unabhängig von der Art ihrer Aktionäre - als Handeln eines Privatrechtssubjekts grundsätzlich dem Privatrecht unterstellt. Auf ihr Handeln kommen ferner alle Rechtssätze zur Anwendung, die bestimmte Tätigkeiten im öffentlichen Interesse regeln, wie z. B. das Energierecht, das Personenbeförderungsrecht, das Kartellrecht und das Monopolprivatrecht. Die durch diese Normen und Grundsätze im öffentlichen Interesse besonders geregelte Tätigkeit einer AG macht weder die AG - auch nicht die staatlich beeinflusste AG - zu einem Verwaltungsträger noch wird dadurch die Tätigkeit zur Ausübung öffentlicher Verwaltung.

19. Die im öffentlichen Interesse auferlegten Bindungen bestimmter

Tätigkeiten entsprechen im Umfang und in der Wirkung nur teilweise den Bindungen, denen entsprechendes staatliches Handeln unterworfen ist. Sie reichen nicht aus, um der Forderung zu entsprechen, daß die Benutzung privatrechtlicher Gestaltungsmittel durch den Staat diesen nicht von seinen öffentlich-rechtlichen Pflichten entbinden darf.

VI.

20. Das Handeln einer staatlich beeinflussten AG ist nur dann den besonderen Bindungen des öffentlichen Rechts unterworfen, wenn die AG als Träger öffentlicher Verwaltung eine staatliche Verwaltungsaufgabe erfüllt.
21. Eine AG ist dann Träger öffentlicher Verwaltung, wenn ihr durch öffentlich-rechtlichen Rechtsakt die Wahrnehmung einer staatlichen Verwaltungskompetenz übertragen ist.
22. Ist die übertragene Kompetenz öffentlich-rechtlicher Natur, weil der AG hoheitliche, d. h. "obrigkeitliche" und "schlicht-hoheitliche" Befugnisse eingeräumt sind - sie also in öffentlich-rechtlicher Rechtsform handelt - so ist sie beliehener Unternehmer. Die Beleihung einer AG kann nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen. Die so beliehene AG ist an die Grundrechte und die Grundsätze des öffentlichen Rechts gebunden. Da die AG als beliehenes Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform handelt, sind rechtliche Streitigkeiten wegen dieses Handelns öffentlich-rechtlicher Art. Sie sind daher nach § 40 VwGO vor den Verwaltungsgerichten auszutragen. Die Haftung für rechtswidriges Handeln der beliehenen AG richtet sich nach Amtshaftungsgrundsätzen.
23. Eine AG ist auch dann Träger öffentlicher Verwaltung, wenn ihr durch Gesetz die Wahrnehmung eines Verwaltungsmonopols, d. h. die Wahrnehmung einer ausschließlich-staatlichen Aufgabe über-

tragen ist. Auch hier handelt es sich um die Wahrnehmung einer öffentlich-rechtlichen Kompetenz des Staates. Der Rechtsweg bei Streitigkeiten aus der Wahrnehmung dieser Kompetenz richtet sich danach, ob die AG als Träger des Verwaltungsmonopols in öffentlich-rechtlicher Rechtsform oder privatrechtlich handelt. Das gleiche gilt für die Haftung. Auf jeden Fall ist eine AG auch als Träger eines Verwaltungsmonopols an die Grundrechte gebunden.

24. Eine AG kann auch in Ausübung einer privaten Kompetenz des Staates Träger öffentlicher Verwaltung sein. Das ist dann der Fall, wenn ihr durch öffentlich-rechtlichen Rechtsakt eine auch-staatliche Aufgabe zur Wahrnehmung in privatrechtlicher Form, d. h. eine privatrechtliche Verwaltungsaufgabe, übertragen ist. Die öffentlich-rechtliche Übertragung kann hier sowohl auf gesetzlicher Grundlage, aber auch durch gesetzesfreien Verwaltungsakt auf Unterwerfung bzw. in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erfolgen. In den letzten beiden Fällen ist grundsätzlich die Zustimmung der AG und aller Aktionäre erforderlich. Dies gilt allerdings nicht bei den staatlichen Eigengesellschaften; hier wird der öffentlich-rechtliche Delegationsakt und die Zustimmung des staatlichen Aktionärs fingiert.

Eine AG, der die Wahrnehmung einer privaten Verwaltungsaufgabe übertragen ist, handelt in privater Rechtsform. Ihr Handeln ist als Verwaltungshandeln nach den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts gebunden. Für Streitigkeiten, die sich aus ihrem Verhalten ergeben, ist der Zivilrechtsweg gegeben. Ihre Haftung richtet sich nicht nach Amtshaftungsgrundsätzen, sondern bestimmt sich nach den Haftungsnormen des Zivilrechts.

VII.

25. Erfüllt eine staatlich beeinflusste AG aufgrund dieses Einflusses eine Aufgabe, die ihrem materiellen Gehalt nach öffentliche Verwaltung ist, ohne diese Aufgabe durch öffentlich-rechtlichen Rechts-

akt zur eigenen Wahrnehmung als Verwaltungsaufgabe übertragen bekommen zu haben, so ist die Erfüllung dieser Aufgabe nicht Ausübung öffentlicher Verwaltung.

Im Verhältnis zu außenstehenden Dritten ist die AG in Wahrnehmung dieser Aufgabe nicht an die Grundsätze des öffentlichen Rechts gebunden.

26. Nach der Theorie von der "Garantenstellung" des Staates ist die Benutzung privater Gestaltungsmittel und die Einschaltung Privater durch den Staat zur Erfüllung seiner öffentlichen Verwaltungsaufgaben begrenzt durch den Grundsatz, daß durch die Wahl dieser Möglichkeiten die öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen der Bürger nicht beeinträchtigt werden dürfen.
27. Benutzt der Staat eine AG zur Erfüllung seiner Verwaltungsaufgaben, so stellen die Beziehungen Staat - AG - Bürger ein Dreiecksverhältnis dar, das zwar unterschiedlich gestaltet werden kann, in dem aber der Staat - unabhängig von der Ausgestaltung im Einzelfall - für die Wahrung der öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen der Bürger einzustehen hat.
28. Aufgrund der Garantenstellung darf der Staat eine von ihm beeinflusste AG ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung nicht als Instrument einer wirtschaftspolitischen Intervention gebrauchen.
- Der staatliche Aktionär darf eine AG weder durch seine bestehenden Einflußmöglichkeiten dazu bewegen noch durch bestimmte Privilegien wie z. B. Gewinnverzicht oder indirekte Zuschüsse dazu in die Lage versetzen, sich wettbewerbsuntypisch zu verhalten, um die übrigen Wettbewerbsteilnehmer unter Ausnutzung der Regeln des Marktes indirekt zu einem bestimmten konjunktur-, preis- oder wettbewerbspolitisch erwünschten Verhalten zu veranlassen.
- Liegen die Voraussetzungen für eine solche wirtschaftspolitische

Intervention, d. h. liegt eine gesetzliche Ermächtigung dazu nicht vor, so haben die Konkurrenten einer staatlich beeinflussten AG einen Anspruch gegen den staatlichen Aktionär auf Unterlassung der die indirekte Intervention bewirkenden Privilegierung und staatlichen Einflußnahme.

29. Schaltet der Staat bei der Vergabe öffentlicher Leistungen eine von ihm beeinflusste AG als Leistungsmittler ein, ohne diese zu einem Träger öffentlicher Verwaltung zu machen, so darf diese Einschaltung aufgrund der Garantenstellung des Staates nicht dazu führen, daß ein dem Staat gegenüber bestehender öffentlich-rechtlicher Leistungsanspruch des Bürgers dabei untergeht.
30. Erbringt eine staatlich beeinflusste AG eine Leistung nicht als Träger öffentlicher Verwaltung, sondern nur als Leistungsmittler, so besteht der öffentlich-rechtliche Leistungsanspruch des Bürgers nicht gegenüber der AG, sondern gegenüber dem Staat. Der Staat kann diesen gegen ihn gerichteten Leistungsanspruch dadurch erfüllen, daß er die AG veranlaßt, die Leistung zu erbringen. Diese Veranlassung kann aufgrund besonderer privatrechtlicher Vereinbarungen oder faktischer Einflußmöglichkeiten erfolgen sowie auf besonderen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen beruhen.
31. Ist die AG aufgrund besonderer öffentlich-rechtlicher Regelungen dem Staat gegenüber verpflichtet, die öffentlich-rechtlichen Leistungsansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat zu erfüllen, so ist das von der AG betriebene Unternehmen eine "öffentliche Einrichtung" und die AG Träger einer "öffentlichen Einrichtung".
32. Reicht der Einfluß des Staates auf die AG nicht aus, diese zur Leistungsvergabe zu veranlassen, so hat der Staat die Leistung selbst zu erbringen.

33. Aufgrund seiner Garantenstellung ist der Staat verpflichtet, die Einschaltung von Aktiengesellschaften bei der Gewährung öffentlicher Leistungen so zu gestalten, daß der Staat die als Leistungsmittler fungierende AG zur Leistungsvergabe durch besondere privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Verpflichtungen oder aufgrund bestehender faktischer Einflußmöglichkeiten veranlassen kann bzw. im Falle der Leistungsverweigerung der AG die Leistung selbst ohne weiteres erbringen kann.

Kann der staatliche Aktionär die AG weder zur Leistungsvergabe veranlassen noch die Leistung wegen Fehlens organisatorischer oder sonstiger Voraussetzungen selbst erbringen, so hat er die den öffentlich-rechtlichen Leistungsanspruch des Bürgers begründende Beteiligung an der AG aufzugeben.

34. Das Verhältnis Staat - AG - Bürger ist nur dort frei von den besonderen, sich aus der Garantenstellung des Staates ergebenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Staates, wo die AG ausschließlich erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgt oder bei der Erfüllung fiskalischer Hilfsgeschäfte eingeschaltet wird.

ANHANG

Nach Hoppenstedt, Beteiligungen in Schaubildern, sind die Bundesländer in folgendem Umfang direkt an Aktiengesellschaften beteiligt:

1.	Niedersachsen:	22 Aktiengesellschaften	
	z. B.:	-	VOLKSWAGENWERKE AG 20 %
		-	DEUTSCHE MESSE- UND AUSSTELLUNGS-AG, Hannover 49, 2 %
2.	Bayern:	15 Aktiengesellschaften	
	z. B.:	-	RHEIN-MAIN-DONAU-AG 32, 9 %
		-	LANDESELEKTRIZITÄTS- VERSORGUNGS-AG, München 60 %
3.	Baden-Württemberg:	14 Aktiengesellschaften	
	z. B.:	-	BADENWERK AG 100 %
		-	BADISCHE BANK AG 59, 4 %
4.	Rheinland-Pfalz:	4 Aktiengesellschaften	
	z. B.:	-	FINANZIERUNGS AG RHEINLAND-PFALZ (Finag) 100 %
		-	RADIUM-HEILBAD KREUZNACH gemein- nützige AG 25, 12 %
5.	Nordrhein-Westfalen:	6 Aktiengesellschaften	
	z. B.:	-	DEUTSCHE BAU- UND BODENBANK AG 25, 1 %
		-	DUISBURG-RUHRORTER- HÄFEN AG 33, 33 %

6.	Schleswig-Holstein:	6 Aktiengesellschaften		
	z. B.: -	HOWALDTSWERKE		
	-	DEUTSCHE WERFT AG	25,1	%
	-	WIRTSCHAFTSAUFBAU-		
	-	KASSE SCHLESWIG-		
	-	HOLSTEIN AG	100	%
7.	Hamburg:	11 Aktiengesellschaften		
	z. B.: -	HAMBURGER-		
	-	HOCHBAHN AG	85,1	%
	-	HAMBURGISCHE ELEC-		
	-	TRIZITÄTWERKE AG	75,08	%
8.	Hessen:	12 Aktiengesellschaften		
	z. B.: -	FLUGHAFEN FRANK-		
	-	FURT/MAIN AG	45,24	%
	-	HESSISCHE GEMEIN-		
	-	NÜTZIGE WOHNUNGS-		
	-	BAU AG	60,93	%
9.	Saarland:	4 Aktiengesellschaften		
	z. B.: -	SAARBERGWERKE AG	26	%
	-	SAARLÄNDISCHE INVE-		
	-	STITIONS-KREDITBANK		
	-	AG	51	%
10.	Berlin:	17 Aktiengesellschaften		
	z. B.: -	BERLINER BANK AG	100	%
	-	BERLINER KRAFT-		
	-	UND LICHT (Bewag) -		
	-	AG	58,27	%
11.	Bremen:	5 Aktiengesellschaften		
	z. B.: -	STADTWERKE BREMEN-		
	-	AG	100	%
	-	BREMER STRASSEN-		
	-	BAHN-AG	86,5	%

Aus der Vielzahl der direkten gemeindlichen Beteiligungen an Aktiengesellschaften seien hier die folgenden genannt:

(nach Hoppenstedt, Beteiligungen):

Nürnberg:	- VERKEHRS-AG NÜRNBERG	100	%
Köln:	- AG ZOOLOGISCHER GARTEN	89, 8	%
Krefeld:	- STADTWERKE KREFELD-AG	26, 9	%
München:	- GEMEINN. WOHNUNGSFÜRSORGE AG	91, 925	%
Wuppertal:	- WUPPERTALER STADTWERKE AG	99, 2	%
Kiel:	- KIELER-VERKEHRS-AG	39, 7	%
Hannover:	- DEUTSCHE-MESSE- UND AUS- STELLUNGS AG	49, 21	%
Mannheim:	- ENERGIE- UND WASSERWERKE RHEIN-MAIN-NECKAR-AG	100	%
Stadt Frankfurt:	- FRANKFURTER AUFBAU AG	100	%
Darmstadt:	- BAUVEREIN FÜR ARBEITER- WOHNUNGEN gemeinn. AG	100	%
Stuttgart:	- STÄDTISCHE PFANDLEIHAN- STALT STUTTGART AG	99, 7	%
Duisburg:	- DUISBURG-RUHRORTER-HÄFEN- AG	33, 33	%
Essen:	- ESSENER VERKEHRS-AG	100	%
Dortmund:	- DORTMUNDER STADTWERKE AG	100	%

L_e_b_e_n_s_l_a_u_f

Am 24. 10. 1944 wurde ich in Bauhaus/Bellers Krs. Rotenburg an der Fulda als Sohn des Land- und Forstwirts Jost von Trott zu Solz und seiner Frau Gertraut geb. Abshagen geboren und evangelisch getauft. Von 1951 bis 1955 ging ich in die Volksschule in Solz im Kreis Rotenburg. Im Anschluß daran besuchte ich bis Ende 1960 das Realgymnasium in Rotenburg an der Fulda, von Januar 1961 bis Sommer 1963 das Internat Dr. Greite in Feldafing Kreis Starnberg sowie von September 1963 bis zu meinem Abitur im Juli 1964 das Landschulheim Ising am Chiemsee.

Vom 1. Oktober 1964 bis 30. September 1966 leistete ich meinen Wehrdienst bei der Bundeswehr ab.

Im Wintersemester 1966/67 begann ich mein Jurastudium an der FU Berlin, das ich am 10. 11. 1971 mit der 1. juristischen Staatsprüfung in Berlin abschloß.

Am Anschluß daran war ich bis zum 30. April 1972 in einem Anwaltsbüro in London tätig.

Von Mai 1972 bis Ende April 1973 arbeitete ich an meiner Promotion, wofür ich ein Stipendium der Konrad Adenauer-Stiftung nach dem Bundesgraduiertenförderungsgesetz erhielt.

Seit 1. Mai 1973 bin ich Referendar beim Kammergericht. Meine zweite juristische Staatsprüfung wird voraussichtlich im September 1975 sein.

Ich bin verheiratet und habe ein Kind.

6217493

